

UNIVERSIDADE DE LISBOA
FACULDADE DE DIREITO



FACULDADE DE DIREITO
Universidade de Lisboa

MAUS TRATOS AOS ANIMAIS E O DIREITO PENAL:
IMPLICAÇÕES PARA DOCTRINA DO BEM JURÍDICO

LUIZ ANTONIO MORAES LENTO PEIXOTO DA COSTA

MESTRADO EM DIREITO
ÁREA DE ESPECIALIZAÇÃO:
CIÊNCIAS JURÍDICO-CRIMINAIS

Lisboa

2018

UNIVERSIDADE DE LISBOA

FACULDADE DE DIREITO



**MAUS TRATOS AOS ANIMAIS E O DIREITO PENAL:
IMPLICAÇÕES PARA DOCTRINA DO BEM JURÍDICO**

LUIZ ANTONIO MORAES LENTO PEIXOTO DA COSTA

**MESTRADO EM DIREITO
ÁREA DE ESPECIALIZAÇÃO:
CIÊNCIAS JURÍDICO-CRIMINAIS**

Dissertação apresentada em sede do Mestrado Científico da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, como requisito parcial à obtenção do título de Mestre em Direito na área de Ciências Jurídico-Criminais

Orientador: Professor Doutor Augusto Silva Dias

Lisboa

2018

AGRADECIMENTOS

Agradecer é o ato próprio do indivíduo que almeja ser grande! Grande como ser humano. Razão que me deixa à vontade para desfrutar do prazer de agradecer aos que proporcionaram direta ou indiretamente esse período vivenciado na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa.

Fica um respeitoso agradecimento aos funcionários da biblioteca, onde passei muitos dias enquanto residi em Portugal. De igual modo, aos colegas e amigos que fiz na turma do mestrado, com a vivência de agonias e alívios em comum.

Agradeço ao Professor Doutor Augusto Silva Dias pelo carinho e atenção despendidos na orientação dessa pesquisa. Aos outros docentes, Doutor Paulo Sousa Mendes e Doutora Maria Fernanda Palma, um agradecimento pelo respeito com a academia que me foi transmitido.

Agradeço imensamente aos meus pais que sempre me apoiaram e deram balizas confiáveis para que um dia eu me aventurasse na busca do mestrado. Na pessoa da minha mãe, talvez minha maior incentivadora acadêmica. Sem esses dois minha tarefa ficaria mais complicada.

Para minha esposa, um agradecimento especial pela parceria e abdições. Junto um pedido sincero de desculpas pelos momentos - que não foram poucos - de ausência, de falta de equilíbrio emocional e, principalmente, de distância do melhor propósito de nossas vidas: a criação de nosso tão amado filho.

Ao meu filho, um obrigado que espero ser vivido daqui alguns anos quando ele compreender o esforço do papai. Muito obrigado por me ajudar mesmo sem saber.

Por fim, agradeço a Deus por ter me dado essa oportunidade.

RESUMO

A presente pesquisa se ocupa das implicações geradas pelo crime de maus tratos aos animais ao sensível tema das proibições penais legítimas ou ilegítimas. Os maus tratos aos animais como conduta criminalizada permite a abertura de questões do tipo: Há dignidade penal constitucional nesses tipos penais? O crime de maus tratos aos animais protege realmente algum bem jurídico? Os animais merecem proteção do Estado? Buscando tocar em todos esses questionamentos, a pesquisa iniciou o caminho pela apresentação das reflexões filosóficas sobre a relação do homem com os animais não-humanos, algo que deu base suficiente para entender as recentes legislações da União Europeia e dos principais ordenamentos do ocidente. Posteriormente, foram apresentados alguns complicadores que essa relação possui no direito positivado, os conflitos de interesses dos humanos *versus* dos não-humanos. Numa segunda parte, adentrou-se efetivamente no problema dos maus tratos como crime e suas implicações para a teoria do bem jurídico, algo que ensejou análise do delito no ordenamento jurídico português, onde se verificou que a subsidiariedade do Direito penal não deve ser esquecida.

PALAVRAS-CHAVE: BEM-ESTAR ANIMAL; PONDERAÇÃO DE INTERESSES; (I)LEGITIMIDADE DO CRIME DE MAUS TRATOS AOS ANIMAIS; TEORIA DO BEM JURÍDICO.

ABSTRACT

The research entails the consequences of animal cruelty in the scope of legitimate and illegitimate criminal prohibitions. Animal cruelty as a felony has opened the door for discussions as: Is there constitutional criminal dignity in these statutory crimes? The crime of animal cruelty results ipso facto in the protection of any right? Do animals deserve protection from the State? Seeking for the answer to all of these questionings, the research started from the display of philosophical thoughts about the relationship between the non-human animals and men; this approach brought enough grounds for understanding recent legislation passed by the European Union and some of the main bodies of law of the western world. Moreover, some issues related to the statutes related to the subject were presented, the conflict of interests between humans and non-humans. In a second moment, the research focused effectively on the problem of animal cruelty as a felony and its implications for the theory of common rights, an issue that triggered an analysis of the crime under Portuguese law, in which was verified that the subsidiarity of Criminal Law should not be forgotten.

KEY-WORDS: ANIMAL WELLBEING, BALANCING AND WEIGHING OF PRINCIPLES, LEGITIMACY OF THE CRIME OF ANIMAL CRUELTY, COMMON RIGHTS.

SIGLAS E ABREVIATURAS

AA. VV.	- autores vários
ABGB	- <i>Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch</i> (Código Civil austríaco)
ADI	- Ação Declaratória de Inconstitucionalidade
ALDF	- <i>Animal Legal Defense Fund</i>
art., arts.	- artigo, artigos
BFDUC	- Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra
BGB	- <i>Bürgerlichen Gesetzbuches</i> (Código Civil alemão)
BGH	- <i>Bundesgerichtshof</i> (Tribunal Federal alemão)
BVerfG -	- <i>Bundesverfassungsgericht</i> (Tribunal Federal Constitucional alemão)
cit.	- citado, citada
coords.	- coordenadores
CC	- Código Civil
CP	- Código Penal
CPP	- Código de Processo Penal
CRFB	- Constituição da República Federativa do Brasil
CRP	- Constituição da República Portuguesa
ed.	- edição
<i>et al.</i>	- et alii (e outros)
Dec.	- Decreto
FDL	- Faculdade de Direito de Lisboa
FDUCP	- Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa
FDUL	- Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa
GA	- <i>Goldammer's Archiv für Strafrecht</i> (periódico)
GG	- <i>Grundgesetz</i> (Constituição alemã)
LCP	- Lei de Contravenções Penais
LPA	- Lei de Proteção dos Animais
n.º	- número
NStZ	- <i>Neue Zeitschrift für Strafrecht</i> (periódico)
org.	- organizador
p., pp.	- página, páginas
RBCCrim	- <i>Revista Brasileira de Ciências Criminais</i>
RDPP	- <i>Rivista di Diritto e Procedura Penale</i>
RE	- Recurso Extraordinário
RFDUCP	- <i>Revista da Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa</i>
RFDUL	- <i>Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa</i>
RIDPP	- <i>Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale</i>
RPCC	- <i>Revista Portuguesa de Ciência Criminal</i>
s., ss.	- seguinte, seguintes
séc.	- século
StGB	- <i>Strafgesetzbuch</i> (Código Penal alemão)
STF	- Supremo Tribunal Federal (brasileiro)
t.	- tomo
TFUE	- Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia

<i>TierSchG</i>	- <i>Tierschutzgesetz</i> (Lei de Proteção aos Animais alemã)
trad.	- traduzido (por)
UK	- United Kingdom (Reino Unido)
USA	- United States of América (Estados Unidos da América)
v.	- ver
v.g.	- verbi gratia (por exemplo)
vol.	- volume
ZStW	- <i>Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft</i> (periódico)

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	10
A) A QUESTÃO CENTRAL	13
B) SITUAÇÃO DO DESENVOLVIMENTO.....	16
C) CONTEÚDO E PROCEDIMENTO METODOLÓGICO.....	17
 CAPÍTULO I. A PROTEÇÃO AOS ANIMAIS: DA FILOSOFIA AO DIREITO	 19
1. FORMAÇÃO DO PENSAMENTO JURÍDICO OCIDENTAL	19
1.1. Modelo Cartesiano: os animais como máquinas.....	20
1.2. Influência Kantiana	22
1.3. Iluminismo e o Contratualismo	23
 2. DA SUPERAÇÃO À DEFESA DO “DIREITO DOS ANIMAIS”	 24
2.1. Na via do Utilitarismo	25
2.1.2. <i>Peter Singer</i>	26
2.1.3. <i>Tom Regan: “sujeitos de uma vida”</i>	28
2.2. Martha Nussbaum: florescimento de cada espécie.	29
2.3. Aspectos da Neurociência.....	31
 3. DA CAPACIDADE DE RECONHECIMENTO DO “DIREITO” DOS ANIMAIS NÃO-HUMANOS ÀS EFETIVAS TUTELAS JURÍDICAS.....	 32
3.1. A proteção dos animais é tarefa do Estado?	35
3.2. Da promoção da proteção na União Europeia	42
3.2.1. Direito Derivado	45
3.2.2. <i>Esfera de ação</i>	46
 CAPÍTULO II. A PARTICULAR COMPLEXIDADE DOS MAUS TRATOS AOS ANIMAIS NA DIMENSÃO JURÍDICA.....	 48
1. QUESTÕES PRELIMINARES.....	48
 2. A COLISÃO DE INTERESSES: O CHOQUE ENTRE HUMANOS E NÃO-HUMANOS.....	 52
2.1. Na experimentação animal	53
2.1.1. <i>Os 3Rs</i>	55

3. A QUESTÃO NAS MANIFESTAÇÕES CULTURAIS	56
3.1. A “Farra do Boi” como ponto de partida	59
3.2. Na esfera do Direito penal.....	61

CAPÍTULO III. A PROBLEMÁTICA LEGITIMADORA DA CRIMINALIZAÇÃO: ANÁLISE DO BEM JURÍDICO TUTELADO NOS MAUS TRATOS AOS ANIMAIS

65

1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS	65
2. BEM JURÍDICO-PENAL: DO CONCEITO À CRISE.	73
2.1. As críticas ao potencial descritivo	79
2.2. A crise do seu potencial crítico.....	83
3. A POSTURA LIBERAL DA CIÊNCIA DO DIREITO PENAL	92
3.1. A tradição liberal	97
3.2. Moralismo jurídico-penal: na questão dos maus tratos aos animais	98
4. O BEM JURÍDICO EM SEDE DO CRIME DE MAUS TRATOS AOS ANIMAIS.....	104
4.1. A proteção indireta dos seres humanos.....	106
4.1.1. <i>A moral pública e os bons costumes</i>	107
4.1.2. <i>Proteção de sentimentos coletivos</i>	108
4.1.3. <i>Integridade física e vida dos seres humanos</i>	109
4.1.4. <i>Perigosidade do autor</i>	110
4.2. Delito Ambiental.....	111
4.3. Proteção direta aos animais: do interesse a vida e ao não sofrimento	113
4.3.1. <i>Deveres do homem</i>	113
4.3.2. <i>Referência à criatura</i>	115
5. RETORNANDO AO PROBLEMA: O BEM JURÍDICO EM SEDE DO CRIME DE MAUS TRATOS AOS ANIMAIS.....	116

CAPÍTULO IV. O FUNDAMENTO DA LEGITIMIDADE DO PODER PUNITIVO EM SEDE DO MAUS TRATOS COM ANIMAIS NO DIREITO PORTUGUÊS E A ANÁLISE DO ART. 387.º DO CP

123

1. ASPECTOS GERAIS	123
2. TUTELA PENAL DOS ANIMAIS: MAUS TRATOS	125

3. O ILÍCITO-TÍPICO DO ARTIGO 387.º DO CP.....	129
3.1 Conceito de animais de companhia	129
3.2 Motivo legítimo	133
3.3. Questões pontuais.....	135
3.4. Bem jurídico tutelado	140
3.4.1. <i>Deveres dos homens</i>	145
3.4.2. <i>Ambiente</i>	147
3.4.3. <i>Bem jurídico coletivo</i>	148
3.2.5. <i>Experiência germânica</i>	150
CONCLUSÕES	152
BIBLIOGRAFIA	153

INTRODUÇÃO

O diagnóstico dos que defendem a ruptura da crença de que o homem é a sede do mundo e, por tal razão, possui capacidade para reduzir, em maior ou menor graus, a Natureza e os Seres vivos sencientes a modestos meios destinados a servir fins e interesses humanos, pode ser entendido como um passo dado além da tradição e formalidade, circunstâncias que só o costume oferece. O Direito se encontra num momento paradoxal entre a mudança e a continuidade, ao menos é nessa linha que o tema dos animais nos oferecem.

Pode-se dizer que é inegável que uma das emergências temáticas da preocupação humana atual é a sua relação com os animais não-humanos, bem como se pode afirmar que tal preocupação alcança cada vez mais relevância nas pautas da vida acadêmica. A proteção aos animais é tema que se presta a importantes reflexões na seara da especulação filosófica e da investigação científica.

Da Filosofia ao Direito. A relação do ser humano com o não humano já algum tempo é pensada na Filosofia, desde Aristóteles verifica-se especial preocupação voltada à proteção dos animais, passando por Descartes e Kant, e chegando-se, no contexto do neokantismo, entre outros, a Jeremy Bentham. Com o Direito não é diferente, embora se tenha notícias de que juristas, no século XIX, já pensavam a relação Direito, Ser Humano e Animal não humano, é responsável dizer que o movimento de defesa dos animais parece ter sido realmente impulsionado no século XX, especificamente a partir da década de 70. O ressonar no Direito é, contudo, de forma lenta, porém gradativa.

Não seria equivocado dizer que atualmente, fruto, talvez, de uma eventual ampliação de nossos horizontes morais, os animais ganham particular parcela dentro de um cenário que pode ser chamado de *descentramento*. O outrora incontroverso antropocentrismo vem dividindo espaço com outras figuras de manifestação social ancoradas na visão ecocêntrica¹, onde se busca conferir igual valor ético ao ser humano, aos animais e aos vegetais, com conotação holística. Basicamente, a relação do ser humano com a natureza seria de dependência desta, ao mesmo tempo em que a integra.

Abre-se espaço, portanto, para pensamentos mais recentes sobre a responsabilidade da humanidade com o meio ambiente e a compreensão de que a vida não humana também pode ser objeto de reflexão ética. O “especismo”, o qual permite a abertura para o debate

¹ Pensamento Filosófico surgido no século XX, fruto da tomada de consciência da crise ecológica. Considera o ser humano como mais um integrante do ecossistema, do todo, onde a fauna, flora e biodiversidade são merecedores de especial proteção e *devem ter direitos semelhantes aos dos seres humanos*.

acerca da preocupação de como devemos tratar a relação do indivíduo com outras fronteiras, especificamente, a relação com os animais não-humanos e quanto que esses representam para cada sociedade².

Percebe-se que uns, estimulados, pelo que entendem, como grandeza e importância dos animais não-humanos em si, e outros, impulsionados pela preocupação com o tratamento dado aos mesmos e suas consequências para o desenvolvimento humano, econômico e social, convencenham sobre a necessidade de desenvolver sem degradar, promovendo a perspectiva do bem-estar associado com a proteção animal. O significado de um vasto movimento de ideias é bem claro: libertar os animais de específicos processos de agressão. O que não afasta, a bem da verdade, em se tratando de animais, a constatável situação de flagrante disparidade entre o discurso e atitudes com eles relacionadas.

O modo como essas inconsistências refletem nas nossas opiniões éticas sociais e pessoais inspira a reflexão de que atualmente aquela outrora perplexidade que havia em torno da luta pelo reconhecimento de “direito aos animais”³ já não alcança tantos momentos como aquele. O que para os ecologistas é motivo de se comemorar. Porém, diga-se de passagem, ainda se encontra distante do que se almeja como ideal. Entretanto, parece certo afirmar que o dogma de que somente o homem é passível de ser sujeito de direito encontra, já há algum tempo, resistência⁴, fruto, acredita-se, das reflexões que ganharam corpo e romperam com a linha de pensamento subjaz ao modelo cartesiano.

Os anseios modernos relacionados à preservação e expansão do direito dos animais é base conflitante com o que se construiu desde o uso de equídeos como mão de obra no processo de construção de civilizações. A ideia de superioridade *absoluta* dos direitos do homem vem perdendo força nos últimos anos. E nisso tem papel decisivo a filosofia, que

² Por exemplo, na sociedade norte-americana, através de interessantes pesquisas oportunizadas pela *Associated Press*, observou-se o quão sensível é o tema, boa parcela da população concorda com a afirmação de que “o direito de um animal viver livre de sofrimento deveria ser tão importante quanto o de um ser humano”; a metade dos entrevistados na pesquisa condena o abate de animais para unicamente servir à indústria da moda e práticas desportivas; Outra grande parte da população se filia a opinião de que os animais são equivalentes aos seres humanos em todos os aspectos relevantes (FRANCIONE, Gary. *Introduction to Animal Rights: Your Child or The Dog?* Philadelphia: Temple University Press, 2000, p. XIX).

³ Vale lembrar-se da nota que Pedro Galvão faz em relação a essa expressão que, inclusive, é alvo de uma das características dessa temática: a *falta de consenso*. Para uns, a expressão deve significar que os animais não-humanos – sejam de todos os animais das espécies não humanas conhecidas ou parte delas – deverão ter direitos *legais* (se assim podemos chamar), enquanto para outros, é representativa de direitos *morais* (cf. GALVÃO, Pedro. *Os animais têm direitos? Perspectivas e argumentos*. Lisboa: Dinalivro, 2011, p. 9).

⁴ Isso não quer dizer que defenda-se tal postura nesse trabalho e tampouco que a doutrina caminha de modo geral para essa aceitação. Na realidade, não há pretensão alguma nessa pesquisa de adentrar no tema dos animais sujeitos de direitos por claro afastamento do problema central, de ordem jurídico-penal. O que afasta tangenciar esse tema em algumas oportunidades.

através de muitas vozes busca por esse reconhecimento dos animais como potenciais sujeitos de direito. Exponentes reconhecidos na luta por esse reconhecimento, como Peter Singer e Tom Regan, tentam [e para alguns conseguem] oferecer bases suficientes, somadas, inclusive, ao avanço recente da neurociência, para abalar o modelo cartesiano do pensamento ocidental e, assim, impulsionar questões outras ao Direito.

Esse cenário, de certo modo, explica a “atual” preocupação legislativa e judiciária, tanto no terreno doméstico quanto supranacional, destinada as novas abordagens na dimensão jurídica dos animais. O estudo de leis e jurisprudência em que a natureza jurídica, social e biológica dos animais não-humanos é tida como ponto central do que se vem convencionando em chamar de *Direito animal*, colocando-se em evidência as preocupações com os vários encadeamentos de classificação de animais não-humanos, sejam os animais de companhia, os selvagens, os usados em espetáculos de entretenimento e até os animais sacrificados em prol da alimentação e pesquisas científicas do homem.

Entretanto, não há que se falar em outra senão a compreensão diferenciadora que o Direito *faz* entre os animais e os seres humanos. Os “agora” seres não-humanos são catalogados nos principais sistemas jurídicos ocidentais como figura intermediária entre pessoa e coisa, se afastando da outrora, contudo ainda presente em alguns ordenamentos, figura de coisa. Ainda que seja possível ver, em alguns ordenamentos, a escolha de se atribuir valor intrínseco aos animais não-humanos, como por exemplo, o faz o sistema jurídico suíço, podemos observar que essa não é a regra. Em suma, é possível afirmar que as questões do caso animal figurando somente como “agressor” parece ter ficado no passado, dando lugar ao chamado *animal-vítima* - ao menos no ocidente.⁵ Talvez seja consequência daquela premissa de que o Direito percebe os anseios sociais e não que cria os mesmos.

Até aqui o leitor pode se perguntar qual a relação disso com a ciência jurídico-criminal. A premissa de que o Direito percebe os anseios sociais e não que cria os mesmos é que se observa na realidade legislativa acerca dos animais. Todavia, se deixar levar pelas sensações de afinidade eletivas que possuímos, sobretudo em matérias penais, pode ser perigoso às soluções neocriminalizadoras – ainda que não seja propriamente o caso dos maus tratos aos animais. Em relação aos animais não é diferente, é preciso, sem dúvidas, um espírito fleumático. Contudo, a preocupação que norteia esse trabalho é a da ideia jurídico-penal e não um espaço para movimentos de ideologias ou de ativismos.

⁵ DELMAS-MARTY, Mireille. Umanità, specie umana e diritto penale. In *RIDPP*, v. 55, nº. 3, jul.-set., 2012, p. 748.

Sublinha-se isso, pois, assistimos, hoje em dia, a tendência à expansão do direito penal⁶ que acaba sendo reconduzida no chamado “Simbolismo do Direito penal”. Não é incomum nos depararmos com tipificações incorporadas ao pacote do direito penal que hoje se faz, distantes do direito penal mínimo, como, por exemplo, são citadas as que protegem o meio ambiente. É cediço que o Direito penal passa por transformações em seu sistema, algo em processo já desde o pós-guerra⁷ e é com os olhos atentos à preocupação dessas transformações que esse trabalho se debruça sobre os maus tratos aos animais. Isso não quer dizer que seja incriminação que não se via em legislações antigas, ao contrário, é possível verificar essa preocupação em legislações distantes. Apenas se quer refletir se a preocupação com os animais deve ser especificamente criminal? Ou se se deve fazer presente a característica de *ultima ratio*? Sobre isso também o trabalho irá se debruçar.

Os maus tratos aos animais, é tema, se bem observado, que propicia uma visão panorâmica do racionalismo cartesiano, do individualismo liberal, da mundividência antropocêntrica e humanista, do chamado zoocentrismo. Tanto na esfera da reflexão sobre a relação entre animal humano e não humano quanto no âmbito da doutrina jurídico-penal. Nesta última, abre espaço para o enfrentamento de questões iniciadas pelo movimento do iluminismo penal e que, hoje, são foco de análise entre os penalistas.

a) A QUESTÃO CENTRAL

Esta pesquisa segue os anseios da sociedade moderna e de acordo com a afirmação de que os fatos merecedores de sanção penal são aqueles que efetivamente causam danos à coexistência social, onde se lesiona entidades reais do mundo exterior, é que partiremos para análise do tipo penal de maus tratos aos animais não-humanos.

A premissa de que o Direito percebe os anseios sociais e não que cria os mesmos é que se observa na realidade legislativa acerca dos animais. Entretanto, já adiantamos que o Direito penal nem sempre é o caminho viável, sob pena de tornar a *ultima* em *prima ratio*. Ainda que se absorva que a intervenção penal adquire – correta ou equivocadamente - um conteúdo moralizante, essa intervenção não deve se sujeitar à passagem de um caráter negativo para um critério positivo da incriminação.

⁶ Que, inclusive, dá título para uma, provavelmente já conhecida pelo leitor, obra de Jesús-María Silva Sánchez (*La expansión del Derecho penal: aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*. Madrid: Civitas, 2001).

⁷ Nesse sentido, HASSEMER, Winfried. *História dos ideais penais na Alemanha do pós-guerra* (trad. por Carlos Eduardo Vasconcelos do original xxxx). Lisboa: AAFDL, 1995.

Isso não quer dizer, ao menos nesse momento, que a via do Direito penal como instrumento social para a proteção dos animais deva ser negada. A aparição do maltrato aos animais – com esses ocupando o papel de vítima - entre as figuras delituosas representa um fato contemporâneo. Tem início no tardio Direito comum (século XVII e XVIII), se acentua com a época de codificação penal do século XIX e vem progressivamente com inusitada força ganhando novos contornos ao longo do século XX, especialmente nas últimas décadas do último século e início do século XXI.

Não é que não se dava nota dessa infração em momento histórico anterior⁸, porém todo animismo mágico herdado de épocas passadas, cujos traços prevaleciam em quase todos os povos da antiguidade, não podem ser associados aos da representação contemporânea. Aquelas representações não podem ser traduzidas de acordo com as ideias de hoje, e que, pelo mesmo motivo, resistem a qualquer tentativa de associação ao passado dessa figura delitiva com o ataque a algum bem jurídico.

A questão do moralismo com o Direito se torna central quando se discute a legitimação de certas condutas. Põe de um lado o moralista – politicamente de “direita” – e de outro o liberal – imbuído da política de “esquerda” – na tentativa de legitimar ou não normas. É também nessa zona que se encontra o tema dos maus tratos aos animais. Ainda que o leitor – preso a visão antropocêntrica - possa acreditar que o tema é próprio de uma terceira, quarta ordem de debate, é possível acreditar, contudo, que as outras preocupações de tipificação penal estão sendo devidamente cuidadas, além de nos apresentar um quadro crítico da(s) teoria(s) do bem jurídico.

Na esfera jurídico-criminal, os maus tratos aos animais, à primeira vista, apresentam o fundamento da proteção indireta do ser humano em contraponto aos defensores da proteção direta dos animais. Entretanto, em um olhar mais preocupado, observamos que a tendência da doutrina penal liberal se apresenta em dificuldade com a crise do potencial crítico do conceito de bem jurídico. As melhores lentes esclarecerão: discutir a necessidade das normas de condutas é discutir o limite que se pode dar à intervenção penal Estatal.

Compreendendo o Direito penal na função de se ocupar das condições de funcionamento da sociedade, e, ainda que com incertezas, o conceito de bem jurídico atrelado a uma referência à pessoa, encontra na conduta de maus tratos aos animais – assim como nos

⁸ É sabido que nos antigos tempos a morte das “bestas sagradas” ou dos “irracionais úteis” se castigava, inclusive, com penas mais severas (cfr. JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. *Tratado de Derecho Penal*. Tomo III. 5ª ed. Losada: Buenos Aires, 1992, p. 98).

delitos contra o meio ambiente, e outros – a chance de se discutir uma proteção a bens que à primeira vista não atinjam nenhuma pessoa.

A presente pesquisa cuida do problema de fundamentação que antecede - logicamente - a punição do delito de maus tratos aos animais, em outras palavras: quais seriam as razões que autorizariam o Estado proibir penalmente certas condutas que, à primeira vista, não lesionam nenhum outro cidadão e sim os animais (especificamente nos crimes de maus tratos)?

O arsenal acadêmico, de bases éticas, científicas e filosóficas, em que se pensam os pilares dessa relação entre as espécies, alcançando, também, o denominado “*legal rights for animals*”, ou, como muito se fala, o “*animal rights*” revela a profundidade e seriedade do tema quando se reflete o conjunto de normas e regras capazes de realmente darem suporte a uma proteção animal nos ordenamentos.

Entretanto, como dito há pouco, embora quão importante e atual seja o tema, não é o foco principal dessa pesquisa. Não se busca aqui defender ou fomentar a doutrina de direitos subjetivos aos animais - apesar de tangencialmente passarmos em algum momento por essa questão.

O que surge como desafiador é análise que do que os animais não-humanos revelam para o Direito penal quando vítimas, especificamente, como vítimas do delito de maus tratos. Achar a resposta para saber por qual razão devemos, nós seres humanos, fazer o correto – em relação aos parâmetros propostos pelo Direito – se mostra tão difícil quanto formular resposta para o questionamento: por qual razão o Estado pune determinada conduta? Foi, então, relevante na história da Ciência do Direito penal pensar que somente poderá determinado Estado exercer o seu *jus puniendi* quando a conduta - alvo da pena - se encontrar balizada no ordenamento jurídico desse Estado.

Cabe, portanto, dentro da concepção para lá de popular, ao Código Penal e leis esparsas enunciar os fatos puníveis e informar as respectivas sanções. Afinal, *sine lege sine poena e sine crimem*. Porém, essa premissa da necessidade de previsão legal da conduta que será praticada pelo autor do delito, abre a porta para a reflexão de qual o limite do Estado em punir, e antes de tudo, qual seria o limite do Estado em legislar.

Se a técnica do trabalho jurídico-penal tem como início a parte especial, devemos dela partir para analisar e compreender questões outras da Ciência Penal e é isso que experimenta o tipo penal de maus tratos aos animais – positivado no artigo 387.º do CP -. A parte especial tem o condão de mostrar o que considerado nocivo numa determinada

sociedade, tendo também a capacidade de permitir a reflexão do motivo de se criminalizar determinadas condutas, da razão de se escolher determinadas punições criminais.

Por qual motivo não devemos matar ou maltratar os animais? Algum leitor pode responder que é porque a lei proíbe, porém através dessa resposta podemos tocar em assuntos mais profundos, especialmente acerca dos fundamentos do Direito penal. Não é novidade que a proteção de bens jurídicos é encarada – majoritariamente - como fator determinante na atual cultura dos juristas penalistas; não é novidade que o homem é o centro do ordenamento jurídico; não é novidade que a relação do homem com um bem jurídico é essencial para identificação desse; não é novidade que a moral – seja lá qual for o seu conteúdo – tem uma determinada relação com o Direito penal; não é novidade que a intervenção penal é desviada, por vezes, da sua função de *ultima ratio*. Enfim, é na análise do tipo penal de maus tratos aos animais que esses assuntos podem ser tocados, que embora não sejam novos não gozam do atributo de temas pacíficos entre os penalistas.

b) SITUAÇÃO DO DESENVOLVIMENTO

Antes da vigência do Estatuto dos Animais – Lei nº. 8/2017 -, o tema dos animais já tinha sido tocado por outras tantas leis esparsas. Especificamente maltrato como conduta criminalizada já tinha sido apresentada no Direito português pela lei 69/2014. Porém, de fato, a bibliografia portuguesa, não é vasta como se pode encontrar em outros países europeus. Aqui nos socorremos no Direito espanhol e italiano, mas foi possível verificar que a preocupação com o tema se tem aumentado nos debates jurídicos. A doutrina alemã – na maioria das vezes por via reflexa - foi utilizada em temas específicos e sensíveis dessa dissertação.

A bem da verdade, a figura dos animais no ordenamento parece ter um futuro com mais reflexões em solo lusitano após o “Estatuto dos animais”. Já se pode verificar algumas publicações em periódicos com o escopo de analisar as consequências jurídicas trazidas por tal Estatuto, principalmente na esfera dos civilistas.

Nesse quadro, separa-se numa primeira parte os contornos das bases filosóficas contemporâneas ao tema do Direito animal, tenta-se mostrar o benefício de algumas reflexões filosóficas que parecem ter influenciado a promoção do tema no Direito da União Europeia, bem como uma síntese dos principais ordenamentos jurídicos ocidentais e suas especiais controvérsias em sede da proteção *penal* dos animais. (cap. I)

Em seguida, laborou-se particularidades universais dos temas da experiência, do abate e etc. Visando mostrar a linha tênue da relação da ética, filosofia e os aspectos jurídicos inerentes aos animais, usou-se a questão dos animais em eventos culturais como fio condutor para apresentadas algumas controvérsias na questão de saber *o que são os maus tratos*. (cap. II)

Mais à frente, apresenta-se a controvérsia suscitada pela análise do bem jurídico no crime de crueldade com os animais. Parte-se da questão de saber *o que é bem jurídico* até se desenvolver a problemática do potencial crítico da teoria do bem jurídico em sede do ilícito típico dos maus tratos com os animais. Nesse momento, tangencia-se o tema na relação do moralismo jurídico-penal, até se buscar a exposição dos pontos de vista que justificariam o delito em análise. (cap. III).

Chega-se, por fim Por fim, debruça-se sobre o ordenamento jurídico português na análise do tipo penal de maus tratos aos animais de companhia, onde se apresenta algumas questões pontuais. (cap. IV)

C) CONTEÚDO E PROCEDIMENTO METODOLÓGICO

Não se optou pela escolha de um *study case* como fio condutor do tema. Escolheu-se pesquisa e análise legislativa, bibliográfica e jurisprudencial atinentes ao tema em estudo.

Na presente pesquisa, é apresentada primeiramente a construção da existencialidade jurídica dos animais não-humanos nas *principais* reflexões que se sucederam em específicas épocas na história. Diante de vastas fontes de pesquisa disponíveis e tendo-se em vista, primeiro, o que acarretaria no foco central da pesquisa e, segundo, na impossibilidade de esgotar todas as fontes de pesquisa, foram selecionados alguns filósofos que, precipuamente ou secundariamente, trouxeram concepções sobre animais em suas obras que pudessem ilustrar a diversidade de interpretações que a relação homem *versus* animais sofreu ao longo da história.

Em razão da busca pelo foco central da pesquisa, não foi dedicado espaço específico para representatividade de cada período histórico, não foi oferecido análise detalhada do cada período histórico, por exemplo, o que pensava Aristóteles ou o que se pensava na Antiguidade; o que pensava Francisco de Assis ou na Idade Média.⁹ Em que pese todo o

⁹ Para maiores e melhores detalhes sobre as reflexões de cada período histórico e específicos temas na relação com os animais não-humanos v. com especial relevância ARAÚJO, Fernando. *A Hora dos Direitos*

interessante processo ocorrido no modo como se pensou a relação entre as espécies animais, a partir principalmente do estudo do próprio ser humano - o período dos “caçador-coletor”¹⁰, passando pela ovelha como primeiro animal domesticado na época do desenvolvimento da agricultura, pelos pensamentos filosóficos -, não será abordado nas minúcias que um estudo cujo tema central seja sobre essa relação deva ter.

O leitor mais sensível ao estudo dessas questões que cercam os animais não-humanos perceberá que foi feito um corte - logo no primeiro capítulo - na história das concepções sobre animais e que podem ser defendidas, como fazem alguns, como a história da fundamentação do direito dos animais.

Apesar de em alguns momentos dessa pesquisa falarmos sobre ideias que permearam uma incursão histórica dos “direitos dos animais”, tentamos conduzir o tema a partir da chamada Modernidade (pensamento moderno, cujo marco inicial se opera no renascentismo), afastando-nos do “antigo regime”¹¹. O marco histórico dessa pesquisa é, portanto, o início da Idade Moderna, com influências de René Descartes, de maneira a chegar nas reflexões de Darwin, Peter Singer e Tom Regan, ou melhor, na Idade Contemporânea.

Foi dedicada, portanto, maior atenção para as reflexões conduzidas a partir do movimento do Iluminismo, altamente reformulador quando se trata do racionalismo. E esse corte, na nossa visão, tem um motivo bem claro capaz de justificá-lo: não é o foco central da pesquisa falar sobre a fundamentação e perspectivas do direito dos animais, e sim analisar o que a conduta de maus tratos os animais quando criminalizada gera como conseqüências no ordenamento jurídico.

dos Animais. Coimbra: Almedina, 2003; LOURENÇO, Daniel Braga. *Direito dos Animais: Fundamentação e Novas Perspectivas*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2008;

¹⁰ SERPELL, James. In *The Company of Animals: A study of Human-Animal Relationships*. Cambridge University Press, 1996, p. 3 e ss.

¹¹ Essa expressão “antigo regime” foi utilizada nos idos de 1790 para rotular as instituições e práticas da época anterior à Revolução Francesa como intrinsecamente injustas e confusas. Cfr. WHELING, Arno. A Justiça Colonial: Fundamentos e Formas. In *Revista da Sociedade Brasileira de Pesquisa Histórica*, nº. 17, 2000, pp. 3 e ss. Destinava-se, é verdade, sobretudo, ao plano institucional dos modelos político-administrativos. A ruptura com o “antigo regime” trouxe novas projeções valorativas de uma época sobre outra

CAPÍTULO I

A PROTEÇÃO AOS ANIMAIS: DA FILOSOFIA AO DIREITO

1. FORMAÇÃO DO PENSAMENTO JURÍDICO OCIDENTAL

Conforme mencionado em nota introdutória, iremos partir do que se compreende na formação da cultura ocidental em relação aos animais não-humanos e, naturalmente, na relação desses com os homens. Acreditamos que não adiantaria iniciar falando das pretensões utilitaristas de reconsideração dos animais não-humanos – principalmente na via de Peter Singer – ou apresentarmos um pouco da consideração dos animais não-humanos *no Direito* sem antes calçarmos algumas bases para que a discussão tenha validade e melhor compreensão.

Conforme adiantamos, não nos debruçaremos sobre as raízes da visão cristã acerca dos animais. Contudo, numa tentativa de síntese, é possível dizer que a visão cristã enxergava a existência de uma hierarquia de seres vivos, onde estaria no topo o ser humano, razão pela qual todos os interesses dos animais poderiam ser subalternizados em função dos humanos, sendo estes os únicos merecedores de uma espécie de consideração moral.¹²

Avançando, no momento histórico capitaneado pelos romanos, base do que muito se entende do direito ocidental – especialmente dos países adeptos da chamada família romano-germânica -, os animais não-humanos e seu *status* moral continuaram a expressar nítidas ideias desenvolvidas no pensamento clássico. O âmbito do direito da personalidade continuou sendo a base das reflexões acerca da relação do ser humano com os animais. Nada mudou nesse sentido.

O pensamento ocidental, por vezes até em oposição ao senso comum, se mostrou contrário à perspectiva de que os animais têm direitos. Essa posição é influenciada, principalmente, pelas teorias cartesianas e kantianas – mais a frente enfrentada.

Pensamos que o iluminismo nos valerá como momento certo de corte da análise dos animais não-humanos e sua existencialidade junto aos seres humanos. Movimento posterior ao movimento que será necessário trazer nessa pesquisa, o renascimento. O humanismo renascentista, sem dúvidas, traduziu uma grande valorização da categoria humana, porém deixou de lado qualquer mudança às condições dos animais não humanos que se via até

¹² Para uma detida e qualificada análise desses aspectos v. ARAÚJO, Fernando. *A Hora dos Direitos dos Animais*. Coimbra: Almedina, 2003. [nessa específica análise, pp. 334 e ss.].

então. Parece-nos importante pela análise da consideração dos animais não-humanos por absorver o mecanicismo cartesiano.¹³

1.1. Modelo Cartesiano: os animais como máquinas

René Descartes, no século XVII, além de apresentar a filosofia e matemática modernas, das quais, inclusive, recebe por alguns o título de paternidade dessas ciências, é considerado um dos pensadores mais influentes da História do Pensamento Ocidental. E em relação ao tema da natureza dos animais não-humanos ele propôs uma visão que permeou por muito tempo entre as nossas reflexões.

Descartes, ainda arraigado na visão de que a vida, em todas as suas formas, serem fruto da criação de Deus¹⁴, defende que os animais não devem ser respeitados, pois são corpos autômatos. Para ele, Deus criou corpos inanimados, as plantas, o homem e os animais.

Acreditava que o homem foi criado, inicialmente, apenas como corpo e sem alma. Era correto, para ele, separar as objetividades física e metafísica. Na física estariam os corpos – tanto dos animais humanos quanto dos não-humanos –, algo que poderia ser sensorialmente percebido e se submeteriam às leis mecanicistas.

Na objetividade metafísica estariam as coisas imateriais, aquelas que somente se tornam inteligíveis por via da razão¹⁵. Ainda atrelado ao cristianismo, Descartes, entendia que essa razão – ao que chama de alma racional¹⁶ - somente era própria nos homens.¹⁷ Assim, segundo sua concepção, é a alma que concebe razão à humanidade e a distingue das demais criaturas.¹⁸ Dessa maneira, os animais não-humanos, desprovidos dessa “capacidade” dada por Deus, seriam meramente matéria – coisa corpórea.

¹³ Absorvida pela doutrina cartesiana a Europa – contemporaneamente – difundiu a prática da experimentação em animais vivos e se, bem olharmos, não existia nessa época anestésicos, o que torna faz uma pequena ideia de qual tratamento brutal a história dos animais não humanos já enfrentou.

¹⁴ Visão permeada ao menos desde o século XIII, como defendia Francisco de Assis (DESCARTES, René. *Discurso sobre o método; e Princípios da Filosofia*. São Paulo: Folha de São Paulo (Coleção Folha: Livros que mudaram o mundo: v. 6, 2010, pp. 30 e ss.)

¹⁵ Não é necessário aprofundar qual entendimento que o mesmo tinha sobre o conceito de razão, para mais desenvolvimento v. DESCARTES, René. *Discurso do método* (trad. por João Gama). Lisboa: Edições 70, 1993, pp. 77 e ss.

¹⁶ DESCARTES, René. *Discurso do método*. Ob. Cit., p. 77.

¹⁷ Vale fazer nota de que Descartes fez parte dos chamados filósofos ligados ao racionalismo. Compartilhava a ideia de que as respostas filosóficas sobre qualquer questão do conhecimento deveriam ser buscadas pela razão e não pela experiência sensível, própria dos empiristas.

¹⁸ DESCARTES, René. *Discurso sobre o método; e Princípios da Filosofia*. Ob. Cit., pp. 35-36.

Essa compreensão fazia com que os animais não-humanos fossem considerados máquinas complexas¹⁹, tendo “em si movimentos mais admiráveis do que qualquer das que os homens podem inventar”²⁰. O corpo seria, assim, um espaço composto por nervos e músculos pelos quais pequenas partículas de sangue atuariam motivando os movimentos dos membros.²¹

Descartes, para comprovar o que defendia, realizava experimentos em animais. Tomava como norte o que ele enxergava como incapacidades dos animais não-humanos para demonstrar a visão de que esses teriam natureza de *autômatos*: os animais não teriam possibilidade de expressarem seus pensamentos através da fala ou sinais, pois somente os homens que os têm; Aos animais faltariam a razão, algo que ampliaria o escopo de possíveis ações humanas; Os animais não possuiriam consciência já que essa seria produto da mente, algo que não se encaixa a ideia de serem somente uma máquina; A falta de consciência seria também a explicação para ausência de percepção de dor, logo os não-humanos dela estariam isentos.²²

Em síntese, haveria duas maneiras de reconhecer a humanidade ou a falta dela: através da fala e da consciência – que se desdobravam em sensibilidade e razão. Logo, os humanos seriam seres racionais e os não-humanos irracionais.

Essa característica de “autômatos animados” justificaria algumas condutas humanas em relação aos animais. Esse ponto de vista durante muito tempo legitimou a forma como a humanidade usava os animais, pois se lhes faltava a alma racional, lhes faltava a capacidade de sentir dor.²³ Não por outro motivo, a época renascentista²⁴ – época que René Descartes

¹⁹ Dizia que através do funcionamento dos corpos e órgãos podia se chegar à conclusão de que eles funcionavam como mecanismos, de forma programada, tal como máquinas. Afirmava que “*de maneira nenhuma isso parecerá estranho àqueles que, sabendo quantos autômatos diferentes ou máquinas móveis pode engendrar a indústria humana, utilizando somente um número de peças reduzidíssimo em comparação com a enorme quantidade de ossos, músculos, nervos, artérias, veias e todas as demais partes de que é composto o corpo de cada animal*” (DESCARTES, René. *Discurso sobre o método; e Princípios da Filosofia*. Ob. Cit., p. 40).

²⁰ DESCARTES, René. *Discurso do método*. Ob. Cit., p. 95.

²¹ DESCARTES, René. *Discurso do método*. Ob. Cit., p. 95.

²² CABRAL, Filipe. *Fundamentação dos direitos dos animais*: a existencialidade jurídica. Alcochete: Alfarroba, 2016, pp. 51-52.

²³ Conforme já mencionado, Descartes ainda tinha enraizado em seus pensamentos dogmas do cristianismo, cujas as bases podem ser postas no entendimento de que o homem é um fragmento especial da criação (Divina) e os animais não-humanos foram tratados com a indiferença de Jesus Cristo. E nessa linha teológica, os *homens estariam desculpados de causarem dor aos animais não-humanos*. Esses teriam sido condenados, pelas mãos do homem, ao sofrimento terreno (cfr. CABRAL, Filipe. *Fundamentação dos direitos dos animais*. Op. cit., p. 52.).

²⁴ Vale fazer nota do Renascentismo por ter sido época, embora ainda influenciada pelo dogmatismo religioso, capaz de acompanhar o processo de o ser humano ser revestido de uma nova dignidade e, principalmente, ser colocado no centro da Criação, cujo pensamento ficou marcado pelo rótulo de *humanismo*.

ainda figura entre os filósofos da época - foi marcada pela experimentação da moda, e os animais - em razão da ausência de dor - eram submetidos ao que conhecemos como vivissecção - mazela, inclusive, que ainda hoje é verificada -. Em suma, a tese cartesiana defende que os animais não têm alma, sendo o seu comportamento puramente mecanicista.

1.2. Influência Kantiana

Immanuel Kant, como sabido, filósofo contemporâneo ao período do Iluminismo, é um dos maiores influenciadores da Filosofia do Direito. A Filosofia moderna é marcada pelas reflexões de Kant²⁵, defensor incondicional do papel da razão no progresso do homem. Kant com a sua filosofia moral trabalhava as questões éticas pela via da razão prática e não pela razão pura e o seu estatuto moral – com a ideia de autonomia da vontade - alcançam o debate sobre eventual reconhecimento de direitos dos animais. Defendeu que somente os homens seriam seres morais²⁶ – e se pensarmos no progresso do homem poderia ser uma incongruência²⁷-, recuando ou não a depender de seus desejos e vontades. A humanidade seria um fim em si mesma, enquanto somente os seres racionais são fins em si mesmos – pois possuem valor intrínseco -, algo que os colocariam como seres únicos.

A busca pela boa vontade kantiana não seria uma capacidade dos animais, logo não teriam qualquer valor intrínseco²⁸. Somente as pessoas conseguem se libertar do elo das paixões e dos instintos, fazendo com que só elas possam agir autonomamente. Nessa linha, os animais deveriam ser considerados desprovidos de uma vontade livre e, assim, não possuem valor intrínseco, de maneira a servirem “*apenas para objetos da edificação moral da conduta humana pelo exercício de deveres indiretos*”²⁹. Como seres humanos – seres moralmente livres - poderíamos usar os animais como quiséssemos, devendo apenas evitar os maus-tratos, pois tal conduta era prejudicial para os próprios homens que a praticasse.

Ademias, é considerado por alguns como um marco na história da Europa que definiu muito do que a Europa foi até a Revolução Francesa.

²⁵ Cfr. MARCONDES, Danilo. *Iniciação à História da Filosofia: dos pré-socráticos a Wittgenstein*. Rio de Janeiro: Editora Zahar, 1997, p. 207.

²⁶ Para uma detida crítica esgrimida v. HALL, Robert T. La responsabilidad ética con los animales no humanos: una perspectiva casuística-utilitarista. In BASILIO BALTASAR (Coord.) *El Derecho de los Animales*. Madrid: Marcial Pons, 2015., pp. 80 e ss.

²⁷ Afinal “*não se humaniza a espécie humana*”, conforme destaca ARAÚJO, Fernando. *A Hora dos Direitos dos Animais*. Ob. Cit., p. 24.

²⁸ Nesse sentido, WILSON, Scott D. Animals and Ethics. In *The Internet Encyclopedia of Philosophy*. Disponível em <http://www.iep.utm.edu/anim-eth/#SH1b>.

²⁹ Como anota ARAÚJO, Fernando. *A Hora dos Direitos dos Animais*. Ob. Cit, p. 336.

1.3. Iluminismo e o Contratualismo

Com a proliferação do método da vivissecção e da experimentação pôde-se verificar, ao menos, que os animais humanos e os não humanos tinham similitudes de estruturas orgânicas. Estar-se-ia, portanto, diante desse brutal método, uma oportunidade de contestar a tese de que os animais não humanos não sentiam dores. Voltaire critica, por essa via, o equivocado hábito dos homens em definir o que é uma coisa antes de, realmente, saberem se ela existe³⁰. Começava o desafio de vencer o preconceito que colocava de lado opostos os homes dos animais não humanos e, ainda, que esses poderiam ter reconhecido alguma parcela da racionalidade.³¹ O Iluminismo como movimento intelectual ocorrido após ao Renascentismo, foi uma era de conflitos intelectuais em que, segundo se pensava, os poderes da razão desvendariam os segredos e as possibilidades da Natureza. Época em que a razão continua sendo vista como guia para a discussão de qualquer problema moral³² e como crítica a todos os campos da experiência humana.

Dentro do contexto da filosofia política do liberalismo surge o contratualismo buscando a conciliação das liberdades públicas e dos direitos individuais – que seriam inerentes à natureza humana.³³ Seria uma alternativa teórica com o escopo de conceber uma moralidade que se estabiliza por via de um contrato entre as pessoas, que só podem aderir ao mesmo por força da racionalidade. Uma característica que vai tocar na questão animal é que um dos elementos desse modelo político de Estado é o elemento da linguagem – que seria a formadora das capacidades mentais que distinguem os animais dos homens. Dessa

³⁰ VOLTAIRE apud CABRAL, Filipi. *Fundamentação dos direitos dos animais: a existencialidade jurídica*, pp. 56-57.

³¹ David Hume trata no seu *Tratado da Natureza Humana* sobre a razão dos animais. O filósofo partiu da premissa de que as ações praticadas são norteadas pela obtenção de prazer e evitação de dor – algo bem utilitarista –, algo só é conseguido pela razão. Como empirista, defendeu que a observação do comportamento dos animais era semelhante ao do ser humano quando aqueles procuravam fugir da dor e buscar o prazer. Essa observação faz o filósofo afirmar que tanto no animal quanto no ser humano os comportamentos possuíam racionalidade como causa. Para mais detalhes sobre a visão de Hume v. CABRAL, Filipi. *Fundamentação dos direitos dos animais: a existencialidade jurídica*, pp. 57-60.

³² Problema da ação humana.

³³ Não nos deteremos às formas de contratualismo, obviamente, por ser tema que necessitaria outro espaço de pesquisa.

forma, pela falta de capacidade de se expressarem com a racionalidade humana³⁴, os animais não negociavam e nem aderiam, logo, nessa medida, não integrariam o rol de contratantes.³⁵

Por essa via, justificava-se um “direito natural” do homem sobre criaturas irracionais, onde se legitimava o domínio dos homens sobre os animais. Em suma, as concepções contratualistas colocam a natureza fora do terreno do contrato social.³⁶

2. DA SUPERAÇÃO À DEFESA DO “DIREITO DOS ANIMAIS”³⁷

Automatizar os animais era dizer que os mesmos não possuíam pensamentos ou qualquer forma de consciência. É nessa outrora certa falta de consciência que Antônio Damásio se debruça e conclui que, ao contrário do que pensava Descartes, animais não-humanos (que não só os primatas³⁸) possuem estruturas neuronais similares as dos seres humanos: mecanismos como a regulação básica da vida, emoções e sentimentos fazem parte da *consciência nuclear* e são também encontradas nos animais não-humanos.³⁹

Damásio, contraria, em partes, Kant quando conclui que a *consciência alargada* é característica não só do ser humano, mas também dos animais não-humanos superiores.⁴⁰ Tal consciência é a que confere capacidade de percepção panorâmica da vida, permitindo o que conhecemos como altruísmo. Conforme já demonstrado, Kant acreditava em óbices ao reconhecimento de direitos aos animais por esses não possuírem a capacidade de ter *uma boa vontade*, o que complicaria a recepção da tese kantiana acerca da autonomia da vontade quando se observasse os animais.

Damásio apresenta experiência com os macacos para concluir que os mesmos são capazes de praticar ações que vise beneficiar outro ser para além de si próprio.

³⁴ Para esse argumento ver críticas em ARAÚJO, Fernando. *A hora dos direitos dos animais*. Ob. Cit., pp. 191 e ss.

³⁵ DIAS, Edna Cardozo. *A tutela jurídica dos animais*. Belo horizonte: Mandamentos, 2000, pp. 39 e 40.

³⁶ Criticando a teoria do contratualismo pela via prática e não em razão de algum argumento de congruência interna, Fernando Araújo averte que tal contrato social leva ao especismo – carga do antropocentrismo perante o sofrimento animal. Para mais detalhes v. ARAÚJO, Fernando. *A hora dos direitos dos animais*. Ob. Cit., pp. 191-204, especialmente pp. 200-204.

³⁷ Aspas por acompanhar que a expressão não é técnica, afinal “*somente um ser inteligente é capaz de optar em função de códigos de conduta exteriores, sendo, nessa medida, titular de direitos e sujeito de obrigações*”, cfr. acentua CORDEIRO, Antônio Menezes. CORDEIRO, Antônio Menezes. *Tratado de Direito Civil*. Parte geral: coisas. Tomo III. 3ª. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2016, p. 279. Ainda que para essa compreensão se veja críticas intensas, cfr. SALT, Henry S. *Los Derechos de los Animales*. (trad. por Carlos Martín y Carmen González). Madrid: Los Libros de La Catarata, 1999, pp. 29 e ss.

³⁸ Seria mecanismos neuronais também encontrados em aves e répteis.

³⁹ Cf. DAMÁSIO, Antônio. *Looking for Spinoza*. Londres: Random House, 2003, pp. 144-152.

⁴⁰ *Idem*. *Ibidem*, pp. 152.

O pensamento ocidental acerca dos animais foi influenciado pelo modelo cartesiano⁴¹, o que faz com que o mundo animal pensado recentemente no seio jurídico avance numa compreensão conflitante com o pensamento racionalista secular que ditava as normas jurídicas dos Estados e instâncias supranacionais.

2.1. Na via do Utilitarismo

A filosofia utilitarista apontada como a mais importante corrente do Pensamento inglês, bem como o nexo entre a chamada Filosofia Moral e Filosofia política⁴², tem na sua essência uma espécie de separação entre o útil e o justo. Jeremy Bentham, conhecido como fundador da corrente filosófica do Utilitarismo, inserido numa doutrina liberal⁴³, formula o *princípio de utilidade*, segundo o qual o único critério que deve inspirar o bom legislador é o de emanar leis que tenham por efeito a maior felicidade do maior número de indivíduos.

Essa doutrina do Utilitarismo se baseia na consideração de que os homens desejam o prazer e rejeitam a dor e, em consequência, a melhor sociedade é aquela que consegue obter o máximo de felicidade para o maior número de seus integrantes. Não é novidade que o *status* de racionalidade do utilitarismo fez importantes alterações ao que se conhecia antes, nessa medida, influenciou na seara dos animais não-humanos.

O utilitarismo como via expressada por Bentham, nada mais representava do que a busca pela felicidade, essa residindo no predomínio do prazer e na ausência de sofrimento⁴⁴. Os Estados deveriam conduzir suas atividades de maneira a fornecer maior grau de felicidade

⁴¹ Cf. REIS, Marisa Quaresma dos. O papel da ciência na ascensão do Direito Animal e no reconhecimento de direitos dos animais – uma perspectiva comparatista. In *Direito (do) Animal*. Coimbra: Almedina, 2016, p. 210.

⁴² ALMEIDA, Isabel Maria Banond. *A Ideia de Liberdade em Portugal: Do Contratualismo Absolutista às Sequelas do Triénio Vintista*. Coimbra: Almedina, 2012, p. 699.

⁴³ Importa ressaltar o quanto a doutrina do Utilitarismo se aproximou do Liberalismo após a contribuição de Bentham. O pensamento anglo-saxão, tido como o que mais influenciou no desenvolvimento do Liberalismo, a partir de Bentham, sofre algumas considerações de fundamentos: passa-se do Jusnaturalismo ao Utilitarismo, que caminhará, então, lado a lado com o Liberalismo. Desse modo, a crença nos limites ao poder do governo (característica do Liberalismo) não mais derivaria da pressuposição de direitos naturais do homem (premissa do Jusnaturalismo) e, sim, da consideração de que os homens buscam o prazer (a base do Utilitarismo). Cfr. BOBBIO, Norberto. *Liberalismo e Democracia* (trad. por Marco Aurélio Nogueira do original *Liberalismo e democrazia*, 2006). São Paulo: Edipro, 2017, pp. 78-80.

⁴⁴ Cf. se identifica da esmiuçada análise em ALMEIDA, Isabel Maria Banond. *A Ideia de Liberdade em Portugal: Do Contratualismo Absolutista às Sequelas do Triénio Vintista*. Coimbra: Almedina, 2012, p. 698.

aos homens⁴⁵, isso representaria que tanto a jurisprudência quanto os fins da legislação deveriam observar o princípio da utilidade ao bem-estar geral.

Na perspectiva ética sobre a relação com os animais não humanos, a corrente utilitarista caminha entendendo que o uso de animais não aumenta a soma da felicidade do mundo, ao contrário, a diminui. Razão que faz o sofrimento dos animais por via da exploração algo considerado moralmente ilegítimo. Foi com essa compreensão que pensadores como Peter Singer – laureado na defesa da causa animal – desenvolveram suas teses de consideração moral dos animais.⁴⁶

A via do utilitarismo considerava que a *senciência* – se distanciando somente da ideia de racionalidade – viria a conferir consideração moral *direta* a um determinado ser. Dessa forma, já que os animais são seres sencientes, o dever para com eles deve ser direto, garantindo, assim, que não sofram sem uma boa razão. Isso não faz do utilitarismo uma via inequívoca de proteção direta, afinal a partir da visão de “*rule-utilitarianism*” especula-se que não é fácil precisar qual ação individual levará, certamente, à intensificação máxima de felicidade⁴⁷ e, portanto, necessita-se de se priorizar regras morais já estabelecidas antes da conduta⁴⁸, ao passo que o “*act utilitarianism*” – que se aproxima do interesse dos animais não humanos – defende que o indivíduo opte por um julgamento no caminho ético desejável.

2.1.2. Peter Singer

Peter Singer, filósofo contemporâneo, vive as crises e avanços do século XXI. É reconhecido como um dos estandartes da causa animalista, no campo da ética e da filosofia e, sem dúvidas, referência quando se pensa no estudo da compreensão da relação ser humano e animais não-humanos, sobretudo quando se pensa em *libertação animal*. O filósofo, na sua perspectiva utilitarista, defende uma ética em relação aos animais na medida em que a estes não deve ser imposto nenhum tipo de sofrimento desnecessário.

⁴⁵ ALMEIDA, Isabel Maria Banond. *A Ideia de Liberdade em Portugal: Do Contratualismo Absolutista às Sequelas do Triénio Vintista*. Coimbra: Almedina, 2012, p. 698

⁴⁶ Não se olvidar que Jeremy Bentham e John Stuart Mill são os principais pensadores do *utilitarismo clássico* – na defesa de que deve haver tanta felicidade quanto for possível, segundo a fórmula de toda felicidade positiva que existe sendo subtraído desse total todo sofrimento existente. Essa veia clássica utilitarista desenvolve que a moralidade de nossas ações é determinada pela consequência – o chamado *consequencialismo* –, o prazer é intrinsecamente bom e a dor ou sofrimento são intrinsecamente ruins

⁴⁷ Cfr. FRANCIONE, Gary L. *Introduction to Animal Rights: Your Child or The Dog?* Philadelphia: Temple University Press, 2000, pp. 131-132.

⁴⁸ *Idem. Ibidem*, p. 132.

Propaga uma específica teoria buscando a compreensão de que o princípio da igualdade deve ir além do aplicado aos seres humanos. Com base num raciocínio de que a discriminação entre as espécies humana e não humana é similar à que existe entre os seres humanos quando se parte de suas capacidades e características, busca uma nova formulação, qual seja: a do princípio da igual consideração de interesses semelhantes.

Para refutar o tratamento desigual, que não reconhece da mesma maneira os interesses de todos, o filósofo esclarece que não se trata de uma distinção por constatação de diferença entre a cor da pele ou entre características físicas⁴⁹, mas, sim, de uma distinção entre a essência de cada um. “A igualdade é uma ideia moral, não uma afirmação de um fato”^{50,51} Por essa via, ele defende que o princípio básico da igualdade não impõe tratamento igual, mas sim igual consideração - especificamente igual consideração por seres diferentes -, o que levaria a tratamento e direito distintos.⁵²

Singer busca justificativa para a defesa do direito aos animais se utilizando do argumento de que a base de toda consideração que se deve ter pelos animais decorrer da constatação de que eles são capazes de sofrer. Se algo tem algum interesse a ser considerado, é por via da capacidade sofrer – não importando a cor, o sexo ou a espécie.

Singer propõe, desse modo, que as capacidades específicas de cada espécie animal não devem ser o critério capaz de atribuir direitos. Para ele o mais correto seria utilizar a *sensibilidade* para essa finalidade, seria, assim, o atributo responsável por “igualar” as espécies humana e não humana.⁵³

Dessa maneira, Singer defende que o limite ético que deve nortear a relação humano vs. não humano é pautado na capacidade de sofrer⁵⁴, pois “*caso um ser que não seja capaz*

⁴⁹ Ele labora através da reflexão de que um dia já foi legítima a diferenciação entre homens brancos e negros ou entre homens e mulheres, algo que *teoricamente* já foi vencido nas sociedades mais avançadas. Porém, hoje, ainda está em voga a distinção entre homens e animais.

⁵⁰ SINGER, Peter. *Libertação Animal*. São Paulo: Martins Fontes, 2010, p. 8.

⁵¹ Dessa maneira, quando se tratamento desigual para homens e mulheres, negando a eles o mesmo *quantum* de consideração moral, estar-se-ia violando o princípio da igualdade (que asseguraria a mesma consideração aos interesses deles). Considera o *especismo* como parte daquele pacote de tratamentos desiguais, relacionando-o com o *racismo* e o *sexismo*.

⁵² SINGER, Peter. *Libertação Animal*. São Paulo: Martins Fontes, 2010, pp. 5 e ss.

⁵³ HALL, Robert T. *La responsabilidad ética con los animales no humanos: una perspectiva casuística-utilitarista*. In BALTASAR, Basilio (Coord.) *El Derecho de los Animales*. Madrid: Marcial Pons, 2015, pp. 73 e ss.

⁵⁴ Singer enxerga que “*não há justificativa moral para considerar que a dor (ou o prazer) sentida pelos animais seja menos importante do que a mesma intensidade de dor (ou prazer) experimentada por seres humanos. (...) E, se considerarmos errado infligir dor a um bebê, então, a menos que sejamos especistas, deveremos considerar igualmente errado infligir a mesma dor a um cavalo*” (SINGER, Peter. *Libertação Animal*. São Paulo: Martins Fontes, 2010, p. 24).

de sofrer, de sentir prazer ou felicidade, nada há a ser levado em conta”⁵⁵. Não se deve perder de vista que o Peter Singer trilha a vertente utilitarista e, portanto, condena a causação do mal aos animais sem que se leve em conta o sofrimento deles.

Importa ainda que o autor não entende o interesse animal como um núcleo intocável, alega que é possível o sacrifício do interesse dos seres não-humanos quando, numa avaliação entre o mal que lhes for causado e o benefício a ser aferido pela humanidade, esta pender para este lado⁵⁶, porém defende, de igual modo, que depende de uma avaliação ponderada e racional o sacrifício dos interesses dos animais, sob pena de extrapolar os limites éticos da relação. Em outras palavras, no caso de conflito prevaleceria o direito que causasse menos sofrimento, independentemente de qual espécie animal - humana e não humana - seja essa.

Em suma, para Singer, os limites éticos que permeiam a relação dos homens com os animais referem-se ao respeito que se deve ter à capacidade que eles têm de sentir. Não é concebível causar dores desnecessárias aos animais. Os interesses dos animais devem ser considerados a fim de fazer jus ao princípio da igual consideração de interesses, o qual deve ser defendido como um princípio moral básico e universal.

2.1.3. Tom Regan: “sujeitos de uma vida”

Tom Regan faz parte dos estudiosos que se dedicam em analisar a relação do homem com os animais, pretendendo alcançar mudanças que julga necessárias nos comportamentos socialmente aceitos, especificamente em referência a forma que a humanidade se relaciona com os animais.

Ele acredita que olhar atentamente para os animais implica em sair do senso comum e abrir-se para um novo entendimento, cuja consequência ética será o *respeito pela vida*. Para o filósofo, aceitar que os animais têm direitos passa pela resposta do questionamento se eles são ou não “*sujeitos-de-uma-vida*”. Obviamente, para Regan, a resposta é positiva: os animais são “*sujeitos-de-uma-vida*” assim como os humanos.

Nesse norte, as reflexões de Regan são no sentido de que os animais têm direitos. Entende que a observação para a relação entre a humanidade e animais está numa projeção objetiva e não subjetiva sobre o mundo.⁵⁷ E seria através dessa ótica o pleito que não basta

⁵⁵ SINGER, Peter. *Libertação Animal*. São Paulo: Martins Fontes, 2010, p. 14.

⁵⁶ Singer cita, inclusive, a experimentação em animais como exemplo de ponderação e possibilidade de compreender o sacrifício do interesse dos animais em prol da humanidade, cfr. SINGER, Peter. *Libertação Animal*. São Paulo: Martins Fontes, 2010, p. 60.

⁵⁷ *Jaulas Vazias*: encarando o desafio dos direitos dos animais. Porto Alegre: Lugano, 2006, p. 5.

um tratamento humanitário, seria preciso um tratamento com respeito aos direitos dos animais. Admite o autor que o mundo precisaria de muitas mudanças sobre aqueles comportamentos socialmente aceitos.⁵⁸

É facilmente perceptível que Regan possui uma luta abolicionista, buscando o fim da exploração dos animais em todas as suas formas. A capacidade de sentir imporia a percepção de que os humanos e animais são semelhantes psicologicamente, os animais “(...) *estão no mundo, conscientes do mundo e conscientes do que acontece com eles*”.⁵⁹ Para ele, o que temos em comum com os animais não é racionalidade e sim o fato de que cada um de nós – humanos ou não-humanos – tem uma vida que nos interessa.⁶⁰

2.2. Martha Nussbaum: florescimento de cada espécie.

Em relação a natureza da sensibilidade animal se fez relevante a perspectiva de Martha Nussbaum. A filósofa considera que deveria se apontar o critério básico *utilitário* - que consistiria em evitar a dor e experimentar o prazer – como insuficiente sob o ponto de vista da ética de responsabilidade para com os animais, vez que o “*florescimento da vida humana*”⁶¹ e também da vida dos animais depende do desenvolvimento e uso de diversas capacidades.

A simplicidade do conceito de dor e felicidade seria um inconveniente que demandaria eventual atenção a todas as necessidades e habilidades de cada espécie com o intento de se descobrir quais são as obrigações para com essas espécies. De tal forma, a dignidade do que ela chama de florescimento dos animais teria que considerar a vida – pois

⁵⁸ A ideia de direito dos animais, para Regan, faria com houvessem implicações com amplas consequências. Ele reflete que “(...) *Vamos ter que parar de cria-los por causa da sua carne. Vamos ter que parar de mata-los por causa da sua pele. Vamos ter que parar de treiná-los para que nos divirtam. Vamos ter que parar de usá-los em pesquisas científicas*”. (REGAN, Tom. *Jaulas Vazias: encarando o desafio dos direitos dos animais*. Porto Alegre: Lugano, 2006, p. 12).

⁵⁹ REGAN, Tom. *Jaulas Vazias: encarando o desafio dos direitos dos animais*. Porto Alegre: Lugano, 2006, p. 72.

⁶⁰ “E, como ocorre conosco, o que acontece com esses animais é importante para eles, quer alguém mais se preocupe com isto ou não” (REGAN, Tom. *Jaulas Vazias: encarando o desafio dos direitos dos animais*. Porto Alegre: Lugano, 2006, p. 72).

⁶¹ “Cada espécie floresça como cada classe de espécie que é”, conforme NUSSBAUM, Martha C. Beyond “Compassion and Humanity”: Justice for Nonhuman Animals. In SUSTEIN, Cass. R. NUSSBAUM, Martha C. (coords.) *Animals Rights: Current Debates and New Directions*. New York: Oxford University Press, 2004, p. 305. Deixando claro, a filósofa, que não é qualquer ou cada capacidade natural que merece florescer, somente as que se julgam boas, reconduzindo a tal perspectiva – das capacidades, como veremos mais para frente – em uma teoria de valores.

todos os animais têm direito de seguir com sua vida, independentemente de ter um consciente interesse nisso⁶² –, a saúde e integridade corporal – aqui seria proibido todo ato de crueldade e maus tratos de animais, por exemplo, em granjas industriais ou em parques zoológicos etc -⁶³, ao que ela chama de estimulação – que seria a capacidade que específicos animais têm no prazer de movimentar, onde se requer espaço – e emoções – alguns animais experimentam o medo, porém também o prazer em algumas atividades, sem esquecer daqueles que sentem simpatia e empatia -. Nessa linha, uma ética dos animais restaria baseada nesses conceitos de capacidades, algo necessário para o tal florescimento de cada espécie.

A partir de uma crítica ao conceito utilitarista de Peter Singer, Nussbaum alcança que face ao caráter individualista de Singer com o critério de preferências de cada indivíduo, que geraria o problema de atribuir direitos morais a pessoas sem preferências – como, por exemplo, os bebês ou as pessoas sem capacidades -, restaria uma possibilidade de aplicação do conceito de capacidades do funcionamento normal de cada espécie e, assim, para a filósofa estaria resolvido o problema de indivíduos que não mostram – ou não possuem – todas as características da espécie.⁶⁴

Do ponto de vista jurídico, seria aplicável também às leis que asseguram proteção a categorias de seres, já que as leis não tratam de casos individuais – em razão do caráter generalista do âmbito jurídico.

Em suma, dessa perspectiva de Nussbaum seria possível fundamentar uma eventual ética para políticas públicas com respeito ao tratamento humano dos animais, ultrapassando a partida inicial do interesse no prazer e na dor. Ressaltando que a filósofa parte da crítica da utilização de critérios utilitaristas para determinar capacidades, não concordando, assim, com Singer.

⁶² A filósofa manifesta dúvidas a respeito de eventual proibição de matar os animais para fins de alimentação. Nesse sentido v. NUSSBAUM, Martha C. Beyond “Compassion and Humanity”: Justice for Nonhuman Animals. In SUSTEIN, Cass. R. NUSSBAUM, Martha C. (coords.) *Animals Rights: Current Debates and New Directions*. New York: Oxford University Press, 2004, p. 302.

⁶³ Nessa perspectiva de respeitar a saúde e integridade corporal reconduzira-se numa obrigação dos proprietários de animais em alimentá-los e alojá-los.

⁶⁴ Especificamente os bebês e os indivíduos sem a competência mental, que não tem responsabilidade moral. (NUSSBAUM, Martha C. Beyond “Compassion and Humanity”: Justice for Nonhuman Animals. In SUSTEIN, Cass. R. NUSSBAUM, Martha C. (coords.) *Animals Rights: Current Debates and New Directions*. New York: Oxford University Press, 2004, pp. 308 e 309).

2.3. Aspectos da Neurociência

Por muito tempo apontou-se que a superioridade humana estaria pautada em argumentos de que somente ao homem é possível explicar a linguagem, de que somente o homem tem capacidade em raciocinar, pensar e possuir uma concepção de si, e, sobretudo, de que o homem é o ser mais evoluído do planeta em razão de possuir consciência. É possível dizer que ao longo da história da Filosofia, os posicionamentos acerca da consideração que se deve ter para com os animais parecem sempre ter esbarrado em duas questões: Os animais sentem? Os animais pensam?

Os defensores do respeito à proteção aos animais, seja por via da invocação do bem-estar animal ou pelo reconhecimento de verdadeiros direitos dos animais, enfrentam com intensidade o argumento da linguagem. Primeiro, porque não é possível confirmar que os animais não-humanos realmente não possuem linguagem própria, ou melhor, que não falam. No que toca a essa questão, estudos que aparecem nas doutrinas indicam os golfinhos como os escolhidos para se contestar essa eventual isolada capacidade do homem em relação as outras espécies, vez que a ciência vem afirmando a existência de uma comunicação altamente complexa, o que para pesquisadores seria uma forma de linguagem.

Se sentem ou se pensam é uma questão argumentativa que ganha cada vez mais força. Em 2012, durante a *Francis Crick Memorial Conference on Consciousness in Human and non-Human Animals*, foi proclamada declaração que reconhece a consciência dos animais. É um texto assinado por neurocientistas, neurofarmacologistas, neurofisiologistas, neuroanatomistas e neurocientistas computacionais cognitivos.⁶⁵ Basicamente, essa conferência trouxe a oportunidade de se apresentar a avaliação de substratos neurobiológicos que conduzem à consciência em seres humanos. Chegou-se à conclusão de que circuitos cerebrais em animais não-humanos, ligados à percepção consciente e à efetividade, apresentam similaridades com os de humanos. Algo que se relaciona com o argumento, que para muitos é decisivo na afirmação da superioridade humana, de que somente os homens têm consciência. Em que pese, António Damásio já ter indicado um certo nível de consciência dos animais nos seus estudos neurocientíficos.

⁶⁵ Cf. *The Cambridge Declaration on Consciousness*, 2012. Disponível em <http://fcmconference.org/img/CambridgeDeclarationOnConsciousness.pdf>.

3. DA CAPACIDADE DE RECONHECIMENTO DO “DIREITO” DOS ANIMAIS NÃO-HUMANOS ÀS EFETIVAS TUTELAS JURÍDICAS

É possível afirmar que as teorias utilitaristas – afetas ao “*utilitarismo do ato*” e não pela via indireta - e, recentemente, os avanços da neurociência influenciaram e estão influenciando diretamente as reflexões quando se pensa em contrapor o outrora pensamento cartesiano destinado aos animais não-humanos. Parte dessa afirmação é, além de muito repetida na doutrina, visível quando se observa os pensamentos atuais. A evolução da neurociência contribuiu para a anterior afirmação⁶⁶, porém não é só das explicações empíricas que se caminha para o reconhecimento da capacidade dos animais em possuírem efetivas tutelas ou, como querem alguns, em possuírem Direitos

As últimas décadas são decisivas na busca por uma consideração *moralmente* mais apropriada dos animais, reconduzida por alguns numa eventual mudança da percepção de conceitos como dignidade e direitos. Atualmente, é pauta de debate a responsabilidade de toda humanidade com os interesses coletivos, se afastando dos meramente individualistas do ser humano. Nesse sentido, ganha relevância a compreensão de que a vida não-humana também é matéria a ser objeto de reflexão ética.

Assim, novas obrigações morais pareciam evoluir e, eventualmente, serem objeto de reconhecimento, o que torna a posição dos animais não-humanos dentro do ordenamento jurídico – e seu *status* jurídico – tema a ser refletido e desenvolvido.

Chegamos ao ponto dessa pesquisa que é possível dizer que a proteção dos animais está num terreno capaz de ser teorizada a partir de algumas perspectivas, destacando as perspectivas atreladas ao Direito do Ambiente e da busca por uma “autonomização” do Direito dos Animais. Dessa segunda e mais incomum perspectiva foram decisivos os contributos da segunda metade do século XX, nomeadamente da Ética Animal⁶⁷.

Diversos autores vislumbram a necessidade de uma alteração na visão de como se vê o ser humano interagindo com os fenômenos naturais ou artificiais do mundo. Sustentam olhar o ser humano e as necessárias relações a partir de uma visão ecocêntrica, onde se

⁶⁶ REIS, Marisa Quaresma dos. O papel da ciência na ascensão do Direito Animal e no reconhecimento de direitos dos animais – uma perspectiva comparatista. In *Direito (do) Animal*. Coimbra: Almedina, 2016, p. 213.

⁶⁷ E aqui o destaque maior, sem dúvidas, foram as reflexões de Peter Singer e de Tom Regan.

considera o “ser humano como mais um integrante do ecossistema”⁶⁸ e, assim, o ser humano teria um valor ético igual, por exemplo, aos animais e vegetais.⁶⁹

Essa visão ecocêntrica se insurge contra a visão clássica – mais radical – do antropocentrismo, aquela que trata tudo existente no mundo físico como algo que deve valor em decorrência da sua essencialidade para a vida humana. Transforma o ser humano como sendo o centro do universo, em cujo ao redor gravitam os demais seres. A essa concepção finca-se a ideia de que o meio ambiente ou animais não-humanos são nada mais do que fontes de recursos à disposição dos seres humanos.

Acreditamos que, de fato, o melhor seria abandonar essa visão clássica de antropocentrismo, contudo não nos colocamos no pacote de defensores da igualdade de valores éticos *e nem jurídicos* entre os seres humanos e os animais não-humanos. Porém, isso parece assunto para outro espaço de debate. Nesse momento, defende-se que a visão ecocêntrica parece ser incompatível com a própria ideia de ordenamento jurídico, seria um contrassenso a tentativa de fundar uma ética no Direito cujo valor central não seja o ser humano.⁷⁰ O Direito é, por essência, obra humana, produzido e aplicado pelo ser humano.

Fato é que para os defensores de que a correta compreensão é através de uma visão antropocêntrica clássica, o problema do bem-estar animal nada mais é do que um supérfluo ou um “*problema estético*”⁷¹ e não um problema, verdadeiramente, ético.

Entretanto, uma outra concepção aparece para alguns como mais adequada, seria a que enxerga pelos olhos do antropocentrismo moderado, que evolui a discussão para o estabelecimento da *responsabilidade moral* do ser humano pelo mundo em que vive e integra, conseqüentemente para com os animais não-humanos. É o caminho para evolução da visão antropocêntrica e base para uma chamada visão antropocêntrica protecionista. De acordo, parece, com o que se verifica atualmente, uma espécie de mobilização popular em

⁶⁸ THOMÉ, Romeu. *Manual de direito ambiental*. 2ª ed. Salvador: JusPodivm, 2013, p. 60.

⁶⁹ Visão defendida por muitos pensadores do Direito ambiental e baseada em um conceito de meio ambiente no viés amplificado, cingindo-se à concepção conceitual reducionista de meio ambiente – para mais a respeito da diferença conceitual v. MARTÍN MATEO, Ramón. *Tratado de derecho ambiental*. Madrid: Trivium, 1991, pp. 86 e ss.

⁷⁰ Nesse mesmo sentido COSTA, Helena Regina Lobo da. *Proteção Penal Ambiental: viabilidade, efetividade, tutela por outros ramos do direito*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 24.

⁷¹ O professor Fernando Araújo, defensor da causa animal, apresenta uma visão bem interessante. Diz que a nossa representação estética do bem-estar animal pode estar “*mal informada*” quando simpatizamos com manifestações pretensamente seguras aos animais não-humanos. Exemplifica com o que ocorre no zoológico – em que se sacrifica, condiciona os animais a comportamentos violentos, provoca procriação com anomalias em função da diversidade genética de cada espécie e, no mais fácil de verificar, confina os animais em locais distantes do que é o seu correto *habitat* – cuja alterações psíquicas e fisiológicas são aparentes, porém “aceitamos” quando o argumento é de que eles são recompensados com o aumento da sua longevidade. Cfr. ARAÚJO, Fernando. *A Hora dos Direitos dos Animais*. Coimbra: Almedina, 2003, p. 22.

defesa dos não-humanos – similar ao que ocorreu, por exemplo, na defesa do meio ambiente⁷².

Há quem diga que esse “avanço” moral na forma como se busca enxergar os animais não-humanos pode identificar, inclusive, uma maneira de aperfeiçoamento moral nas relações entre humanos. Tratar melhor os animais, adquirindo e formando compaixão para com os animais, seria aproveitado depois, mais aperfeiçoado na relação entre seres humanos.⁷³ Estar-se-ia diante de uma espécie de “*ensaio*”⁷⁴ da chamada *ética do respeito* - contudo, ainda que se assumamos isso, estaríamos assumindo como consectário lógico uma visão antropocêntrica, afinal o objetivo não seria outro que não o antropocêntrico.⁷⁵

Essa forma de enxergar a relação em comento, ainda que através de uma justificativa antropocêntrica, poderia ser fruto da chamada *teriofilia*⁷⁶. Na realidade, fruto de *um dos lados* dessa designação, o lado que enaltece a capacidade, de uma forma ampla, de sentir amor pelos animais ou, ainda, a capacidade do ser humano em abster-se de retirar proveito de situações em que os não-humanos são colocados em vulnerabilidade.⁷⁷ Exalta-se, por esse lado, da designação, cujo sentido pode ser definido como “*uma mescla de solicitude e de*

⁷² A partir da década de 60 foi iniciado um movimento de conscientização sobre a relevância da proteção ao meio ambiente, fruto, acredita-se, de tragédias ambientais e, principalmente, de descobertas científicas sobre ameaças aos recursos naturais. O crescimento econômico e a industrialização predatória trouxeram resultados alarmantes para o mundo, na poluição do ar, da água e do solo. É nesse contexto, inclusive, que a Suécia propôs à ONU um espaço para discussão dos problemas ambientais de dimensões globais, ideia somada às denúncias e alertas de organizações ambientais não governamentais em defesa do planeta. Esses movimentos, associados à crescente atenção internacional para a preservação da natureza, fizeram pressão política nos poderes públicos de diversos países. Os debates ambientais levaram os governantes de 113 países a se reunirem e discutirem, em Estocolmo, questões ambientais emergenciais vigentes à época. Essa reunião ficou conhecida como a Conferência de Estocolmo Sobre Meio Ambiente Humano e se tornou uma das principais importantes tentativas de se estabelecerem parâmetros de orientação de normas internacionais de proteção ambiental.

⁷³ ARAÚJO, Fernando. *A Hora dos Direitos dos Animais*. Coimbra: Almedina, 2003, p. 20.

⁷⁴ Me utilizando do destaque feito por ARAÚJO, Fernando. *A Hora dos Direitos dos Animais*. Coimbra: Almedina, 2003, p. 20.

⁷⁵ Se pararmos para ver com cuidado, se aproxima muito do reconhecido argumento moralista, a ética das virtudes.

⁷⁶ Termo usado, no sentido original, para exaltar as qualidades dos animais não-humanos. Tentativa de argumentação de que os animais são de alguma maneira “superiores” aos homens, nas palavras de Fernando Araújo, uma “*crença primitiva na superioridade dos não-humanos*” (ARAÚJO, Fernando. *A Hora dos Direitos dos Animais*. Coimbra: Almedina, 2003, p. 18), em razão desses serem uma obra com qualidades tão expressivas sob a perspectiva de um dos sentidos que a tese determinista apresenta – da criação da natureza (para um conhecimento introdutório do universo determinista v. HOEFER, Carl. Causal Determinism. In Stanford Library of Philosophy, 2003. Disponível em <http://plato.stanford.edu/entries/determinism-causal/>).

Ressalta-se a eventual divergência com o termo *zoofilia*, para maiores detalhes v. ARAÚJO, Fernando. *A Hora dos Direitos dos Animais*. Coimbra: Almedina, 2003, pp. 18 e ss, com outras referências.

⁷⁷ O outro lado é reconduzido ao sentido original do termo, é o que reforça que tal capacidade espelha o “*carácter decaído da nossa humanidade*”. O determinismo da natureza, que impõe a reflexão de causa e efeito na criação dos não-humanos, é ignorado quando o ser humano se enxerga como a espécie perfeita, capaz, por esse motivo, de humilhar outras espécies e, assim, dando azo à “*humilhação reflexiva da nossa humanidade*”, para maiores e melhores detalhes v. ARAÚJO, Fernando. *A Hora dos Direitos dos Animais*. Coimbra: Almedina, 2003, pp. 18 e 19.

compaixão” com os animais.⁷⁸ Seria, portanto, o lado que *humaniza* os homens, enaltecendo a capacidade de possuir sentimentos de abnegação em proveito de outras espécies.⁷⁹

Na esteira desse lado da teriofilia como veículo para o aperfeiçoamento moral traduz-se o entendimento de que as obrigações com os não-humanos são possíveis, porém, que não passam de *deveres indiretos*. Deveres para com os homens “*por intermédio*” da conduta desses com os animais.⁸⁰

3.1. A proteção dos animais é tarefa do Estado?

É bem verdade que, *ainda hoje*, o Direito trata os animais de forma insensível. Em boa parte dos ordenamentos jurídicos atuais, ainda, contextualiza-se os animais inserindo-os na categoria de coisa.⁸¹ Há pouco apresentamos a comprovação de que – alguns – animais possuem consciência e capacidade de sentir prazer, dor, medo e felicidade, o que sem dúvidas coloca em causa afirmações como as que “os animais são autômatos” – as que René Descartes proferia - e ainda enfrenta o argumento da falta de diferenciação do animal em face da categoria das coisas, considerado a principal justificativa da fragilidade do animal perante o Direito⁸², pois daquele tipo de afirmação é a essência da dicotomia pessoa/coisa - onde o animal se não é pessoa só pode ser qualificado como coisa.

De fato, como já dito, as últimas décadas do século XX e o início do século XXI têm sido caracterizadas por uma crescente tentativa de sensibilidade ao valor intrínseco do animal, atrelados ao abandono da visão clássica do antropocentrismo. O duelo ético de que demos nota anteriormente reconduz a situações cotidianas cuja a linha é tênue nessa relação entre os seres humanos e os não-humanos, afinal os animais podem ser encarados sob múltiplas perspectivas - culturais, religiosas, sociais -, “*o que torna a temática particularmente heterogénea e plena de contradições*”⁸³.

⁷⁸ ARAÚJO, Fernando. *A Hora dos Direitos dos Animais*. Coimbra: Almedina, 2003, p. 18.

⁷⁹ ARAÚJO, Fernando. *A Hora dos Direitos dos Animais*. Coimbra: Almedina, 2003, p. 18.

⁸⁰ ARAÚJO, Fernando. *A Hora dos Direitos dos Animais*. Coimbra: Almedina, 2003, p. 21.

⁸¹ REIS, Marisa Quaresma dos. O papel da ciência na ascensão do Direito Animal e no reconhecimento de direitos dos animais – uma perspectiva comparatista. In *Direito (do) Animal*. Coimbra: Almedina, 2016, pp. 210 e 213; GOMES, Carla Amado. Direito dos animais: um ramo emergente? In *Actas digitais do Colóquio Animais: Deveres e Direitos* realizado na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Lisboa: ICJP, 2015, p. 51 (Disponível em <http://www.icjp.pt/publicacoes/pub/1/5105/view>).

⁸² Conforme enfatizado por GOMES, Carla Amado. Direito dos animais: um ramo emergente? In *Actas digitais do Colóquio Animais: Deveres e Direitos* realizado na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Lisboa: ICJP, 2015, p. 51 (Disponível em <http://www.icjp.pt/publicacoes/pub/1/5105/view>).

⁸³ GOMES, Carla Amado. Direito dos animais: um ramo emergente? In *Actas digitais do Colóquio Animais: Deveres e Direitos* realizado na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Lisboa: ICJP, 2015, p. 51 (Disponível em <http://www.icjp.pt/publicacoes/pub/1/5105/view>).

O que pode parecer, à princípio, contraditório quando se afirma que houve um avanço do posicionamento cartesiano em relação ao que se pensava acerca dos animais e o que se vê em alguns ordenamentos jurídicos atuais, não é a realidade que tem-se refletido numa progressiva alteração de mentalidade (social) e em atividades legislativas de alguns ordenamentos jurídicos, sobretudo quando se observa diretivas europeias sobre bem estar animal.

Portugal, por exemplo, até 2017 fazia parte daquele grupo de ordenamentos jurídicos cuja categorização dos animais era relacionada com coisas. Definitivamente entraram no grupo que vêm aumentando ainda mais o índice de proteção aos animais, mesmo que seja “*por (mero) dever de transposição das directivas europeias sobre bem-estar animal*”⁸⁴.

Na Áustria – considerada uma das versões mais avançadas da legislação sobre bem-estar dos animais⁸⁵ – já se observa há algum tempo consideráveis mudanças de tratamentos jurídicos relacionados aos animais não-humanos. Daremos nesse momento uma necessária atenção às normas civilistas. Áustria, Alemanha e Suíça reformaram, recentemente, seus respectivos códigos civis, de maneira a retirar os animais do capítulo de propriedade e realocando-os como não-coisas. Em uma técnica jurídica legislativa coerente, antes reformaram, a suas respectivas Constituições⁸⁶.

Como já tivemos oportunidade de analisar, de forma majoritária, o pensamento ocidental traduziu a qualificação jurídica dos animais como *coisas* – no âmbito da propriedade -. Seguindo a tradição romana, referência no Direito privado europeu, não é incomum os códigos civis europeus tratarem os animais como coisas, porém, seguindo orientação de numerosas diretivas europeias, avança-se, atualmente, para algumas codificações que levam em consideração uma postura dos animais alheia ao aspecto coisa, mais próxima do rótulo de legislação protecionista em relação aos animais,⁸⁷ inspirada na compreensão de que os animais são *seres sensíveis* e, dessa forma, seu tratamento e sua regulação pelo Direito deve seguir esse espírito.

⁸⁴ GOMES, Carla Amado. Animais experimentais: uma barbárie necessária? In *Direito (do) Animal*. Coimbra: Almedina, 2016, p. 105.

⁸⁵ LENNKH, Sabine. The Animal: A subject of law? A Reflection on Aspects of the Austrian and German Juridical Systems. In *International Journal for the Semiotics of Law*, vol. 24, set., 2011, p. 308.

⁸⁶ Ganha especial relevo a Constituição alemã que considerou no seu Art. 20 GG a proteção animal como obrigação que o Estado assume frente as gerações futuras.

⁸⁷ Nesse sentido, PEDERSON, N. *European Animal Welfare Laws: Past, Present and Future*. In *Animal Law*, 2009. Disponível em <https://www.animallaw.info/intro/eu-us-comparative-cruelty-laws-2003-present>.

É nesse contexto que escolhemos apresentar três Estados membros que modificaram seus respectivos códigos civis, sem não antes ampará-los nas respectivas Constituições. Não se pode perder de vista que o movimento protecionista que ganharam (e ganham) cada vez mais espaço no terreno normativo da União Europeia deitas suas raízes nas reflexões – e nos atos legais – inglesas do século XVIII e, principalmente, do XIX com destaque para a década de 60⁸⁸.

A Áustria possuía no seu Código Civil dispositivo que permitia interpretação no sentido de considerar os animais como coisas, considerava tudo que não fosse pessoa como coisa⁸⁹, visando atender as expectativas protetivas dos animais, acrescentou uma norma. O § 285a⁹⁰, ABGB, fez excluir do ordenamento suíço o tratamento dos animais como coisas, dispondo que os animais não são coisas e que devem ser protegidos por leis especiais. Apesar das críticas⁹¹, a alteração foi comemorada pelos movimentos protecionistas, embora, em função de alguns desajustes na prática, continuaram a persistir em alcançar uma definição legal do estatuto do animal, mais condizente com a condição de ser sensível.⁹² Como já era de se esperar, o § 285a abriu a busca por uma melhor proteção jurídica dos animais, algo que desencadeou a inclusão do § 1.332a, ABGB, - regulando a indenização no caso de um animal ferido – e do § 250a do Código de Execução (*Executionsordnung*).⁹³

⁸⁸ GIMÉNEZ-CANDELA, Teresa. Estatuto jurídico de los animales: aspectos comparados. In BALTASAR, Basilio (Coord.) *El Derecho de los Animales*. Madrid: Marcial Pons, 2015, p. 166, adverte que decisivo para o avanço desse movimento social foi a aparição do livro de Ruth Harrison – *Animal Machines: The new factory Farming Industry* – em 1966, cujo propósito foi se insurgir ao fator prático da exploração dos animais de produção. Resultou na formação de uma Comissão parlamentar definidora das chamadas *five freedoms*, que seguem até hoje sendo referência nas legislações da União Europeia.

⁸⁹ Cfr. § 285: *Alles, was von der Person unlerschieden ist, und zum Gebrauche der Menschen dient, wird im rechtlichen Sinne eine Sache genannt*”.

⁹⁰ Através da lei de 1º de julho de 1988 (BGBl 1988/179).

§ 285a: *“Tiere sind Keine Sachen; sie werden durch besondere Gesetze geschützt. Die für Sachen geltenden Vorschriften sind auf Tiere nur insoweit anzuwenden, als keine abweichenden Regelungen bestehen”*. Para outras cosenquências trazidas pelo dispositivo v. GIMÉNEZ-CANDELA, Teresa. *Estatuto jurídico de los animales: aspectos comparados*. Ob. Cit., p. 167.

⁹¹ Assentadas na parte final do dispositivo, onde há certa controvérsia, vez que declara aplicação das disposições de coisas quando não existir previsão diversa. Nesse sentido GIMÉNEZ-CANDELA, Teresa. *Estatuto jurídico de los animales: aspectos comparados*. Ob. Cit., p. 168. Para mais referências críticas, *Idem*. *Ibidem* (nota 72).

⁹² Seguindo essa linha o § 295, ABGB, dispôs que os peixes e animais de caça somente adquirem a condição de coisas móveis quando são pescados ou caçados. Algo que deixa dúvidas se os animais não seguiriam a condição de objetos e que as disposições de que não são coisas não passavam de uma afirmação vazia.

⁹³ Para mais detalhes dessas duas outras alterações no ordenamento suíço v. GIMÉNEZ-CANDELA, Teresa. *Estatuto jurídico de los animales: aspectos comparados*. Ob. Cit., pp. 167-169, especialmente p. 170 no que diz respeito a norma do Código de execução, cujo texto normativo fazia menção ao apelo emocional aos animais domésticos.

A não consideração com coisas ocorrida no ordenamento austríaco despertou o interesse de alteração na Alemanha, algo que ocorreu dois anos mais tarde. Em 1990, no ordenamento alemão, entrou em vigor reforma no BGB, através da “*Das Gesetz zur Verbesserung der Rechtsstellung des Tieres im bürgerlichen Recht*”⁹⁴. Assim como ocorreu na repercussão austríaca, a reforma foi alvo de críticas – positivas e negativas⁹⁵, sobretudo pela não alteração substancial na posição que os animais ocupavam no Direito.

Ao BGB foi somado ao § 90⁹⁶ – que tratava da regulação jurídica conceitual de coisas – o § 90a, que se destinava especificamente aos animais. Esse novo dispositivo tratava de regular explicitamente os animais como não-coisas. Estariam protegidos mediante leis especiais (algo presente no § 285a austríaco). Até mesmo a disposição de aplicação subsidiária do regime de coisas quando não houvesse previsão específica (algo também bem similar da austríaca) estava presente. Outras alterações no BGB ocorreram⁹⁷, caso do § 903 que dispôs um dever aos proprietários de animais, com normas específicas protetoras dos animais.⁹⁸

Apesar da Alemanha seguir o exemplo austríaco, ela se destacou nesse tema quando relacionou a proteção dos animais na sua Constituição. Em virtude dos debates⁹⁹ que ocorriam em função da colisão da proteção aos animais com direitos básicos – garantidos sem reserva¹⁰⁰ - e o consequente recuo da proteção aos animais, foi solicitado a inclusão da

⁹⁴ Nos valendo da tradução de Teresa Giménez-Candela, seria a Lei para melhora da situação jurídica do animal no Direito Civil, cfr. GIMÉNEZ-CANDELA, Teresa. *Estatuto jurídico de los animales: aspectos comparados*. Ob. Cit., p. 171.

⁹⁵ Para referências críticas v. GIMÉNEZ-CANDELA, Teresa. *Estatuto jurídico de los animales: aspectos comparados*. Ob. Cit., p. 171 (notas 79 e, principalmente, 80).

⁹⁶ “*Sachen im Sinne des Gesetzes sind nur körperliche Gegenstände*”.

⁹⁷ Foi incluído também o § 251 [2], que disciplinava o âmbito das indenizações.

⁹⁸ Críticas ao lado contraditório de tal dispositivo em GIMÉNEZ-CANDELA, Teresa. *Estatuto jurídico de los animales: aspectos comparados*. Ob. Cit., p. 173. Em suma, criticava-se que o regime de deveres dos proprietários mantinha ainda os animais no âmbito das coisas, pois a propriedade só é exercida sobre as coisas.

⁹⁹ Sobre os debates jurídicos que precederam a alteração da Lei fundamental v. LÖÖCK, Carmen. *Das Tierschutzstrafrecht nach Einfügung der Staatszielbestimmung, Tierschutz' in das Grundgesetz (Art. 20a GG)*. Theorie und Praxis. Hamburg: Verlag Dr. Kovač, 2016, p. 44

¹⁰⁰ No ordenamento ação há diferença de direitos garantidos com e sem reserva. Direitos básicos só podem ser restringidos se houver colisão com direitos básicos de terceiros ou outros bens dotados de hierarquia constitucional (LÖÖCK, Carmen. *Das Tierschutzstrafrecht nach Einfügung der Staatszielbestimmung, Tierschutz' in das Grundgesetz (Art. 20a GG)*. Ob. Cit., p. 44). Até 2002 a proteção de animais não tinha hierarquia constitucional, reconhecimento que se demonstrou necessário visando a permissão de intervenções em direitos fundamentais *sem reserva de lei* muito em função do debate com relação a liberdade religiosa ou da ciência. As liberdades religiosa (artigo 4 I) ou da ciência (artigo 5 III) somente serão limitadas em favor da tutela de uma finalidade de hierarquia constitucional, possibilidade que se abriu após 2002 e afastou a anterior dificuldade em restrições de experiências científicas em animais ou eventuais abates, uma vez que essas condutas poderiam estar inseridas no campo da proteção da liberdade científica ou religiosa. (GRECO, Luís. *Proteção de bens jurídicos e crueldade com animais*. Ob. Cit., p. 54)

proteção aos animais na Constituição. O ordenamento alemão incluiu como metas do Estado¹⁰¹ a proteção aos animais por via do § 20a GG visando garantir a eficácia da proteção aos animais – depois da inclusão, se ocorrer uma colisão de um direito fundamental com a meta do Estado, se verá um equilíbrio entre os direitos.

Garantia essa que alcançou melhora da *TierSchG*¹⁰², encostando em um dos aspectos mais sensíveis da esfera do direito público de um Estado, o sistema penal.

Não é novidade que o Direito penal se ocupe dos animais, estes já são objetos de regulação expressa há algum tempo, embora tendo como regra o animal ou como instrumento do ataque a algum interesse humano ou sem ser considerado interesse autônomo da tutela penal. Já apareceram como foco de riscos contra a saúde das pessoas e de seus bens – caso de alguns delitos contra a saúde pública -, ou figurando como meros bens móveis perfazendo a ideia de patrimônio, público ou privado – caso, por exemplo, dos delitos de caça e pesca. Essas presenças, sem dúvidas, podem ser consideradas inseridas numa perspectiva de antropocentrismo rígido.

Nessa altura, já se pôde observar que a mentalidade sobre os animais passou por uma “evolução” – acreditamos que assim podemos chamar. As muitas vozes pugnam por uma alteração na visão de como o ser humano enxerga sua relação com os animais e as décadas mais recentes têm sido caracterizadas pela crescente polarização da ideia do ser humano estar mais sensível ao valor intrínseco do animal, atrelados a uma visão antropocêntrica menos rígida ou a uma visão de um antropocentrismo protecionista – visão, inclusive, que nos filiamos.

O surgimento da necessidade de preservar o equilíbrio dos ecossistemas, e seu posterior reconhecimento como bem jurídico coletivo, fez abrir a porta ao debate em torno da tutela dos animais numa perspectiva moderada do antropocentrismo, reconduzindo, inclusive, a uma consideração como objeto de proteção específica. Com efeito, uma vez afirmada a autonomia do bem jurídico meio ambiente e dotado o ordenamento de instrumentos penais válidos para enfrentar os delitos de contaminação, começaram a se fazer evidentes outras formas graves de ataque aos ecossistemas e, dessa maneira, outros

¹⁰¹ Essa escolha também foi alvo de debates críticos, com argumentos a favor e contra, nesse sentido v. LÖÖCK, Carmen. LÖÖCK, Carmen. *Das Tierschutzstrafrecht nach Einfügung der Staatszielbestimmung, Tierschutz' in das Grundgesetz (Art. 20a GG). Ob. Cit.*, pp. 45-47.

¹⁰² *TierSchG* prevê no § 17 a possibilidade de punição penal com ameaça de pena privativa de liberdade (de até 3 anos) ou multa pecuniária. O §17 trabalha a proteção dos animais punindo a conduta de abater um animal vertebrado sem motivo razoável (nº. 1), a de provocar grades dores ou sofrimentos cometidos com brutalidade (nº. 2a), bem como a conduta de provocar dores ou sofrimentos de longa duração ou repetitivos (nº. 2b)

elementos do bem jurídico meio ambiente foram merecedores de tutela penal independente – os fatores bióticos do ambiente ou a chamada diversidade biológica.

Essa “nova” perspectiva tuteladora, como adverte Esther Hava García¹⁰³, fez com o legislador reinterpretasse antigos ilícitos originalmente distantes da proteção do meio ambiente. As antigas facetas integradoras do patrimônio que permeavam a natureza dos animais nas regulamentações tiveram que ser reinventadas para fechar a lacuna de proteção que afetava a fauna, mais propriamente, como elemento do meio ambiente. Dessa forma, entende-se que os animais no sistema jurídico-penal se apresentam com formas distintas de proteção de cada espécie.

Apesar da infração de maltratar animais ter sido figura presente em época longínqua, é possível afirmar que a forma embrionária de tutela jurídico-penal dos animais surge durante os séculos XVII e XVIII¹⁰⁴, ainda distante dos grandes corpos legislativos, e mais produto da jurisprudência.

Porém, a relação dos homens com os animais como pauta de punições penais aparece em momento posterior com as codificações. A consequência legislativa de se punir os autores de atos de crueldade com animais se deve, sem dúvidas, também aos anseios provenientes de pensadores importantes – que há pouco verificamos - e associações de proteção aos animais. O argumento de que a tortura aos animais deve ser tida como moralmente desprezível¹⁰⁵ auxiliou o pleito de algumas associações pela proteção aos animais. Foi nesse cenário, inclusive, que foi promulgada a primeira lei de proteção aos animais, em 1822 na Inglaterra, com o *Martin's Act*, de 22 de julho.¹⁰⁶

O século XIX foi decisivo nessa postura legislativa, a qual foi influenciada por um modelo liberal de Estado – sobretudo em razão da Revolução Francesa¹⁰⁷ - que prevaleceu na maior parte da Europa. O primeiro terreno a ser ocupar legislativamente com os maus tratos aos animais, portanto, foi o Direito inglês, com os autores de maus tratos conscientes

¹⁰³ La tutela penal de los animales. Valencia: Tirant lo Blanch, 2009, p. 11.

¹⁰⁴ GUZMÁN DALBORA, José Luis. El delito de maltrato de animales. In *La ciencia del derecho penal ante el nuevo siglo: libro homenaje al Profesor Doctor Don José Cerezo Mir*. Madrid: Tecnos, 2002, p. 1320.

¹⁰⁵ LÖÖCK, Carmen. *Das Tierschutzstrafrecht nach Einfügung der Staatszielbestimmung, Tierschutz' in das Grundgesetz (Art. 20a GG)*. Theorie und Praxis. Hamburg: Verlag Dr. Kovač, 2016, p. 25.

¹⁰⁶ Embora já tivesse entendimentos nesse sentido nos tribunais em 1770 (cfr. CORDEIRO, António Menezes. *Tratado de Direito Civil*. Parte geral: coisas. Tomo III. 3ª. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2016, p. 278).

¹⁰⁷ Em França já se tinha notícias de medidas protetivas dos animais em 1791, com a Lei de 28 de setembro de 1791, onde se reprimia os maus tratos a animais alheios. (CORDEIRO, António Menezes. *Tratado de Direito Civil*. Ob. Cit., p. 278).

(e brutais) contra os animais sendo alvo de penalidade¹⁰⁸, - ainda no bojo do *Martin's Act*. Algo que se sucedeu no desenrolar das leis de 1835, 1849 e 1854. Marcou pelas características diferentes das quais apareciam em outras legislações europeias da época¹⁰⁹ o *Cruelty to animals act.*, de 1876.

O exemplo inglês influenciou o território legislativo alemão, onde, em 1871, no Código Penal de Reich, se admitiu uma prescrição penal uniforme.¹¹⁰ As prescrições penais não uniformes encontradas no território alemão eram pauta de debate entre os penalistas da época¹¹¹. Interessante é que se observar com cuidado o foi discutido nessa época chegaremos à conclusão de que é ainda muito dito e debatido no que tange ao moralismo jurídico penal.

Uma das características diferenciadora que chamaram atenção foi o fato da legislação britânica castigar o maltrato de animais independentemente do fato de se verificar em público ou causou escândalo, algo, por exemplo, que dava traço na legislação alemã, por exemplo. e também na contravenção do *código penale sardo-italiano*, de 1859¹¹².

Traço diferenciador que também alcançava o ordenamento jurídico-penal italiano, que no *código penale sardo-italiano*, de 1859,¹¹³ castigava dentro das contravenções concernentes “l’ordine pubblico”, aqueles que em lugares públicos cometessem crueldades contra os animais.¹¹⁴ Mais tarde, em 1889, o código penal no título de contravenções concernentes a moral pública proibia atos cruéis, torturas e maltrato a todas as espécies de animais.¹¹⁵

¹⁰⁸ LÖÖCK, Carmen. *Das Tierchutzstrafrecht nach Einfügung der Staatszielbestimmung ‚Tierschutz‘ in das Grundgesetz (Art. 20a GG)*. Theorie und Praxis. Hamburg: Verlag Dr. Kovač GmbH, 2016, p. 25.

¹⁰⁹ GUZMÁN DALBORA, José Luis. El delito de maltrato de animales. In *La ciencia del derecho penal ante el nuevo siglo: libro homenaje al Profesor Doctor Don José Cerezo Mir*. Madrid: Tecnos, 2002, p. 1321.

¹¹⁰ § 360, nº 13.

Vale frisar que já se encontra prescrições penais em códigos na Alemanha, porém não eram prescrições com alcance em todo território alemão. Isso ocorre porque

¹¹¹ Cfr. Proteção de bens jurídicos e crueldade com animais. In *Revista Liberdades*, nº. 3, jan.-abr., 2010, pp. 48 e 49.

¹¹² COPPI, F. Maltrattamento o malgoverno di animali. In *Enciclopedia del Diritto*. T. XXV. Milano: Giuffrè, 1975, p. 265.

¹¹³ *Idem*. *Ibidem*, p. 265.

¹¹⁴ COSSEDDU, A. Maltrattamento di animali. In *Digesto Penale*, vol. VII. Torino: Ed. Utet, 1993, p. 529.

¹¹⁵ DI PIETRO, S. Disparità di trattamento e principio di legalità in tema di maltrattamento di animali. In *Rivista di Diritto e Giurisprudenza agraria e dell'ambiente*, nº. 11, nov., 1996, p. 674. Nessa legislação de 1859 se castigava os maus tratos aos animais enquanto ofensa aos sentimentos de piedade e compaixão que os seres humanos tinham sobre os animais e, dessa forma, como ficariam ofendidos quando os animais sofressem atos de crueldade e sofrimentos não necessários.

Atualmente a proteção penal dos animais no ordenamento italiano se encontra espalhada em algumas frentes. Sendo relevante as proporcionadas através do Código Penal e legislação extravagante. Existe um título inserido no Código Penal dedicado aos delitos contra o sentimento por animais, dos quais os artigos 727 trata da conduta de ‘abandono de animais’ e o artigo 727 bis proíbe as condutas de “matar, capturar e manter a posse de espécies

Por tudo, a doutrina parece não negar que o Direito inglês, posteriormente, com o *Protection of animals Atc.*, de 1911 - que revogou o *Cruelty to Animals*, de 1849 - ficou reconhecido como modelo de inspiração para outras normas europeias¹¹⁶.

3.2. Da promoção da proteção na União Europeia

A União Europeia não tinha como escopo promover a proteção de temas vinculados tão “somente” com a visão ética. Por natureza e função o foco da União Europeia era a harmonização econômica, razão pela qual assuntos como os de proteção aos animais não entravam na pauta principal dessa organização supranacional. Durante muito tempo os animais – e seu respaldo ético – não eram considerados no trabalho da União Europeia.¹¹⁷ Entretanto, esse panorama foi alterado. A organização Europeia, já não tão recentemente, colocou em seus trabalhos a evolução de tratamento dos animais, passando, assim, a se ocupar com a proteção dos animais.

A união Europeia com a sua natureza de organização supranacional influencia o direito interno dos países membros. Em que pese o foco ser colocado na cooperação

em perigo de extinção”. A legislação extravagante traz a proteção específica de algumas espécies, também, em perigo de extinção, com tipos penais relacionados a caça, a pesca, comércio, etc. A legislação mais atual sobre o tema é a lei nº 189/2004. Ganhou por ampliar e intensificar as sanções das condutas que antes eram vistas pela doutrina como responsáveis por uma proteção frágil. Em 2004 foi incluindo no Código Penal italiano o ‘título IX bis’ com a etiqueta legislativa “os delitos contra o sentimento pelos animais”, onde se abarca disposições novas, além de reformular tipos penais. É defendido, na doutrina, que a alteração legislativa buscou alargar o alcance da proteção aos animais. O grande sinal dessa observação é a extensão da proteção aos animais próprios e não só aos alheios como era proposto no antigo artigo 638 do CP. A lei nº. 189/2004 trouxe a previsão dos delitos de espetáculos ou eventos proibidos (artigo 544 *quarter*), a previsão de se proibir brigas entre animais (artigo 544 d), reformulou o tipo penal de maus tratos aos animais (artigo 544 *ter*), bem como a previsão de sanções restritivas de direitos no caso de condenação pelos delitos antes mencionados. A preocupação legislativa foi a de dar destaque a um alcance revolucionário no âmbito da proteção animal: o de tutelar bens jurídicos próprios dos animais: Proteger a vida (como no artigo 544 *bis*), a saúde (artigo 544 *ter* co. 2), o sofrimento (artigo 544 *ter* co. 1) e até a integridade física (artigo 544 d). Entretanto, a doutrina numa análise mais atenta, destaca que os mencionados dispositivos estariam, na verdade, com uma aparente ideia revolucionária. Isso porque o artigo 19 ter disp. att. do Código penal “esteriliza” as disposições anteriores quando prevê que essas disposições não serão aplicadas nas situações previstas nas leis especiais sobre a caça, a pesca, a agricultura, o transporte e sacrifício de animais, experimentos científicos com os animais, bem como as atividades circenses, os parques zoológicos e outras leis especiais relativas aos animais. Para mais detalhes sobre a tutela penal no ordenamento italiano v. RIVA, Carlo Ruga. A tutela penal dos animais no ordenamento jurídico italiano. In *Anatomia do Crime*, nº 4º, jul.-dez., 2016, pp. 133-146; SERRANO TÁRRAGA, Maria Dolores. La reforma del maltrato de animales en el derecho penal italiano. In *Boletín de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Ensino a Distancia – UNED*, nº. 26, 2005, pp. 241-261.

¹¹⁶ Para certa doutrina “todas as disposições modernas no tema de maltrato aos animais provêm, com efeito, da legislação inglesa”, cfr. POMANTI, Pietro. *Maltrattamento di animali: la tutela penale*. Roma: IANUA, 1997, p. 9.

¹¹⁷ Isso não quer dizer que as regras jurídicas no quadro internacional e europeu sejam parcialmente éticas, ao contrário, no que tange ao especismo e eventuais Direitos dos animais, se encontram eticamente neutras.

econômica, não se pode negar o escopo de alavancar a crescente união dos países europeus. Durante muito tempo a preocupação com temas éticos – tais como a proteção aos animais – não foi *a prima facie* a da União Europeia, muito em razão do foco na harmonização da economia, contudo, durante o transcurso do tempo, o legislador europeu também destinou sua atenção aos temas éticos, passando a se ocupar com a proteção aos animais.¹¹⁸

A “evolução” legislativa da União Europeia – no sentido de ampliar o espectro de preocupação – pode ter algum componente polêmico, contudo é compreendido que as regulamentações sobre a proteção aos animais estariam motivadas também nas regulamentações para a agricultura e competência geral, porém, sobretudo, na área econômica.¹¹⁹ O interesse econômico da preocupação legislativa da União Europeia em sede da proteção aos animais busca o fim de estabelecer um padrão mínimo para que os países não respeitadores da proteção aos animais possam não obter vantagem sobre os países que consideram a proteção animal, ou seja, gira em torno do interesse da proteção dos animais da agricultura. A União Europeia em sede dos animais, esbarra em muitas preocupações relativas a proteção dos animais quando o assunto é competência de legislar, sobretudo no que se relaciona aos animais domésticos.¹²⁰ Obviamente, a competência de legislar da União Europeia não impede a do Direito interno dos Estados membros, sobretudo em áreas que não estão regulamentadas pela União Europeia.

Como há pouco dissemos, as motivações para as regulamentações sobre a proteção aos animais, primariamente, alcançam a área econômica.¹²¹ Entretanto, não é equivocado dizer que a normativa europeia liga as legislações e políticas dos Estados membros a uma consideração dos animais que evidentemente esbarra com a figura coisa que estabelecem os direitos codificados.

Parece pacífico – ao menos aos olhos dos defensores de uma proteção jurídica dos animais – que o Direito da União Europeia é fonte direta de obrigações destinadas ao legislador dos Estados membros. Estaria criado um regime jurídico mais avançado sob o

¹¹⁸ LÖÖCK, Carmen. *Das Tierschutzstrafrecht nach Einfügung der Staatszielbestimmung ‚Tierschutz‘ in das Grundgesetz (Art. 20a GG)*. Hamburg: Verlag Dr. Kovač, 2016, p. 37.

¹¹⁹ LÖÖCK, Carmen. *Das Tierschutzstrafrecht nach Einfügung der Staatszielbestimmung ‚Tierschutz‘ in das Grundgesetz (Art. 20a GG)*. Hamburg: Verlag Dr. Kovač, 2016, p. 37.

¹²⁰ LÖÖCK, Carmen. *Das Tierschutzstrafrecht nach Einfügung der Staatszielbestimmung ‚Tierschutz‘ in das Grundgesetz (Art. 20a GG)*. Hamburg: Verlag Dr. Kovač, 2016, p. 37.

¹²¹ LÖÖCK, Carmen. *Das Tierschutzstrafrecht nach Einfügung der Staatszielbestimmung ‚Tierschutz‘ in das Grundgesetz (Art. 20a GG)*. Hamburg: Verlag Dr. Kovač, 2016, p. 37; DUARTE, Maria Luísa. Direito da União Europeia e estatuto jurídico dos animais: uma grande ilusão? In GOMES, Carla Amado. DUARTE, Maria Luísa (Coords.) *Animais: Deveres e Direitos* – Conferência promovida pelo ICJP em 11 de Dezembro de 2014. Lisboa: Instituto de Ciências Jurídico-Políticas, 2015, p. 35.

ponto de vista da proteção animal em que se dividiria atenções da norma eurocomunitária – no quadro da União Europeia – e a norma europeia – no terreno do Conselho da Europa¹²² - . Essa seria uma perspectiva, não de toda equivocada, dos que tendem à defesa de um horizonte uniforme de tutela no território dos Estados membros, porém, a bem da verdade, nas próprias normativas da União Europeia existem diversos instrumentos normativos que possuem abordagem antropocêntrica sobre o respeito ao estatuto dos animais, ainda que na aplicação de um objetivo restrito da proteção do bem-estar dos animais não-humanos.¹²³

Fato é que o Direito da União Europeia recentemente trouxe novidade no campo da proteção dos animais, embora se reconheça alguma existência na União Europeia sobre esse tema já em data anterior¹²⁴. Já existia nos quadros normativos a Declaração Universal dos Direitos do Animal – que data de 1978 – e a Declaração Universal do Bem-Estar Animal, da *Wexford Society Prevention of Cruelty to Animals* – de 2003. O tratamento de “coisa”, via de regra, dos Direitos nacionais parece perder cada vez mais espaço no segmento europeu, seja pela via da proteção do bem-estar dos animais - porém não se reconhecendo como preocupação principal a busca por Direito aos animais - ou pela via do abolicionismo de qualquer forma de exploração e sofrimento. A finalidade que se pressupõe é a da saúde pública ou mesmo a saúde animal, de maneira a reduzir o sofrimento animal ao menor nível possível com a contrapartida do uso econômico e social dos animais não-humanos.¹²⁵

Esse recente momento do Direito da União Europeia é traduzido pelo Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (TFUE) – introduzido pelo Tratado de Lisboa em 2007¹²⁶ –, onde se traz no seu artigo 13.º o reconhecimento da qualidade de *seres sensíveis*

¹²² Trata-se de organização europeia fundada em 5 de maio de 1949, onde se intenta preservar a herança comum, bem como estimular o avanço econômico e social, com atuação nas áreas cooperação política. Para fins contextualizar com o interesse desse item da pesquisa, vale a informação de que os acordos elaborados pelo Conselho Europeu são Convenções, que só adquirem validade no Direito nacional caso os Estados membros ratifiquem no terreno doméstico.

¹²³ Cfr. DUARTE, Maria Luísa. *Direito da União Europeia e estatuto jurídico dos animais: uma grande ilusão?* Ob. Cit., p. 34.

¹²⁴ Desde a década 60 do século XX, no âmbito do Reino Unido, que se têm notícias sobre o desenvolvimento do conceito *animal welfare* na busca de proteção jurídica dos animais, incentivando desenvolvimentos no Direito do Conselho da Europa e das Comunidades Europeias. Em 1964, a União Europeia insere nos seus quadros a Diretiva do Conselho 64/432/CEE – de 26 de junho - legislando sobre a proteção do bem-estar animal – ainda que especificamente sobre os bovinos e suínos dentro do comércio comunitário. Para certa doutrina, decisivo para essa postura como movimento social foi a obra literária de Ruth Harrison – *Animal Machines: The new factory Farming Industry* – em 1966, cujo propósito foi se insurgir ao fator prático da exploração dos animais de produção. Teria sido referência nas legislações da União Europeia, nesse sentido GIMÉNEZ-CANDELA, Teresa. Estatuto jurídico de los animales: aspectos comparados. In BALTASAR, Basilio (Coord.) *El Derecho de los Animales*. Madrid: Marcial Pons, 2015, p. 166.

¹²⁵ DUARTE, Maria Luísa. *Direito da União Europeia e estatuto jurídico dos animais: uma grande ilusão?* Ob. Cit., p. 36.

¹²⁶ Que *mutatis mutandis* pode ser considerado a Constituição Europeia.

aos animais¹²⁷, embora os deveres de proteção do legislador da União e dos Estados membros daí decorrentes fiquem passíveis de harmonização com a cultura de cada local.¹²⁸ Sublinha-se que o Direito Europeu e o Direito da União Europeia avançam na definição de regras mínimas de proteção do bem-estar animal, tenta-se a construção de um padrão que seja usado em todos os Estados, repercutindo domesticamente no nível de cuidado e proteção dos animais.

O artigo 13.º TFUE se insere na parte de Direito originário da União Europeia, onde se fundam as bases dos Tratados e os respectivos protocolos. As bases da proteção dos animais obtiveram sua vinculação no Protocolo n.º 13 do Tratado de Amsterdam¹²⁹, cuja declaração é no sentido de que a proteção aos animais deveria ser melhorada e que o bem-estar dos animais, como seres que sentem – *sensíveis* –, deve ser considerado, algo que pouco mais tarde teve repercussão na nova versão do Tratado de Maastricht¹³⁰, em 02 de outubro de 1997¹³¹. Dessa forma, com base na hierarquia do Direito originário de um Protocolo, a proteção aos animais estava incluída no Direito originário como bem a ser protegido, algo que por força da sua força jurídica vincula as instituições da União Europeia e os Estados membros¹³².

3.2.1. Direito Derivado

Na linha do que até aqui foi visto e por se compreender que o artigo 13.º TFUE não fornece a abrangência da proteção aos animais desejada pelos Estados membros é que os atos derivados (ou secundários) da União Europeia ganham uma certa importância. Neste nível estão à disposição da União Europeia duas vias de promulgação de normas que visam

¹²⁷ “In formulating and implementing the Union’s agriculture, fisheries, transport, internal Market, research and technological development and space policies, the Union and the Member States shall, since animals are sentient beings, pay full regard to the welfare requirements of animals, while respecting the legislative or administrative provisions and customs of the Member States relating in particular to religious rites, cultural and regional heritage” (sublinhado nosso).

¹²⁸ GOMES, Carla Amado. Desporto e proteção dos animais: por um pacto de não agressão. In *O Desporto que os Tribunais Praticam*. Coimbra: Coimbra Editora, 2014, p. 745.

¹²⁹ O Conselho Europeu aprovou em 18 de junho de 1997.

¹³⁰ A versão anterior datava de 1992. Nessa versão já se materializava as preocupações relativas ao bem-estar animal com a Declaração n.º 24.

¹³¹ LÖÖCK, Carmen. *Das Tierschutzstrafrecht nach Einfügung der Staatszielbestimmung ‚Tierschutz‘ in das Grundgesetz* (Art. 20a GG). Ob. Cit., p. 37.

¹³² Como observa DUARTE, Maria Luísa. *Direito da União Europeia e estatuto jurídico dos animais: uma grande ilusão?* Ob. Cit., p. 38. Pela vida dos reflexos que o artigo 13 TFUE impõe como base jurídica e como fonte de obrigações v. *Idem*, pp. 39 e 40. Com certos cuidados ao tratar sobre eventual vinculação LÖÖCK, Carmen. *Das Tierschutzstrafrecht nach Einfügung der Staatszielbestimmung ‚Tierschutz‘ in das Grundgesetz* (Art. 20a GG). Ob. Cit., pp. 38 e 39.

regular esse espaço, as Convenções e as Diretivas, onde as primeiras precisarão ser convertidas no Direito nacional e as segundas terão validades sem necessidade de outro ato adicional¹³³, sem deixar de lado a atenção necessária aos critérios de articulação entre o ordenamento jurídico da União Europeia e os dos Estados membros.¹³⁴

São geradas diversas Diretivas como atividade reguladora das Comunidades Europeias no âmbito da saúde animal. O Conselho Europeu a partir da criação de Convenções – como, por exemplo, a Convenção Europeia sobre a proteção de animais de companhia, de 1987¹³⁵ - promove a evolução do que viu até aqui para um segundo plano de proteção – entendida como *direta* – do bem-estar dos animais, que o já citado artigo 13º. TFUE fez sancionar.

Observando diversas Diretivas que visam a proteção dos animais em vários setores, entende-se que a legislação da União Europeia especificamente sobre o bem-estar dos não-humanos é esparsa e bem fragmentada¹³⁶, algo que talvez torne mais difícil a tarefa dos Estados membros cumprirem com o dever de transposição para a ordem jurídica interna, sob pena de, no plano eurocomunitário, ser instaurada uma ação por incumprimento com a consequente decisão de imposição de transposição e, no plano interno, de possibilidade das normas constantes das diretivas serem pleiteadas – no caso que toca a presente pesquisa, pelas associações zoofilias - junto aos tribunais nacionais.¹³⁷

3.2.2. Esfera de ação

Outra medida com a qual a União Europeia pretende melhorar a proteção aos animais são os *planos de ação de cinco anos*, embora não sejam legalmente vinculativos. Durante esse tempo, determinadas áreas da proteção aos animais devem ser incentivadas. O primeiro plano de cinco anos foi aceito pela Comissão da Comunidade Europeia em janeiro de 2006

¹³³ LÖÖCK, Carmen. *Das Tierschutzstrafrecht nach Einfügung der Staatszielbestimmung 'Tierschutz' in das Grundgesetz (Art. 20a GG)*. Ob. Cit., p. 39.

¹³⁴ Para essa e outra referência v. DUARTE, Maria Luísa. *Direito da União Europeia e estatuto jurídico dos animais: uma grande ilusão?* Ob. Cit., p. 43.

¹³⁵ Ratificada em Portugal por via do DL n. 13/93, de 13 de abril.

¹³⁶ Para uma lista de importante Diretivas no âmbito da proteção dos animais em setores como que vão da política agrícola até política de investigação v. DUARTE, Maria Luísa. *Direito da União Europeia e estatuto jurídico dos animais: uma grande ilusão?* Ob. Cit., pp. 42 e 43; Nessa mesma linha indicativa LÖÖCK, Carmen. *Das Tierschutzstrafrecht nach Einfügung der Staatszielbestimmung 'Tierschutz' in das Grundgesetz (Art. 20a GG)*. Ob. Cit., p. 40.

¹³⁷ Cfr. DUARTE, Maria Luísa. *Direito da União Europeia e estatuto jurídico dos animais: uma grande ilusão?* Ob. Cit., pp. 43 e 44.

e, obviamente, referia-se a 2010, com o foco em cinco áreas, sendo que uma delas foi direcionada nas áreas de desenvolvimento de novos métodos para substituir as experiências com animais, bem como na busca pelo fomento das normas mínimas existentes. Os cinco planos de apresentados inicialmente foram novamente apresentados na Comissão Europeia no segundo plano de ação, apresentado em 2012.

Daí podemos concluir que a União Europeia, por meio do legislador europeu, está buscando conferir uma posição mais elevada na contribuição para melhora da proteção aos animais com os meios disponíveis.

CAPÍTULO II

A PARTICULAR COMPLEXIDADE DOS MAUS TRATOS AOS ANIMAIS NA DIMENSÃO JURÍDICA

1. QUESTÕES PRELIMINARES

As exigências éticas surgem como um complicador quando o legislador se depara com a tarefa de harmonizá-las com as exigências da Ciência e da Economia. Tivemos a noção de que a maturação das reflexões filosóficas a respeito da relação do homem com os animais foi sendo desenvolvida no desenrolar da história da humanidade, porém, diga-se de passagem: está longe de ser um assunto equilibrado. São diversas as searas sensíveis que estão inseridas nessa relação.

Tradicionalmente, o que até aqui visto, definiu-se o homem como um animal dotado de inteligência e vontade, características capazes de colocá-lo num aparente nível superior se comparado com os outros animais. Os não-humanos eram carentes nos aspectos da razão e da vontade, o que naturalmente reconduzia-se na falta de capacidade de arbítrio – e liberdade. A partir dessa premissa podemos verificar como as questões são, em menor ou maior grau, postas quando buscamos relacionar com os interesses humanos. Como já falado nesse trabalho, a visão antropocêntrica é a tônica da relação entre o ser humano e o animal não humano. Disso parece não haver divergência.

A ausência de alma suscitada por Descartes colocava a consideração humana numa esfera distante dos demais seres vivos e, dessa maneira, foi possível subjuga-los, explorá-los, mata-los e expô-los a toda sorte de crueldade – sem nenhum tipo de “culpa” nessa época.

A nível jurídico, foi convencional durante muito tempo, perspectivar o animal não humano como coisa e, por tal razão, prefigurá-lo como objeto. Dessa forma, animal não era considerado sujeito – de direitos - e ainda que se considere alguns animais possuidores de interesses, o Direito, em regra, torna esses interesses como disponíveis. O homem, através das suas necessidades básicas, relacionadas com a alimentação e transporte, justificara seus atos de qualificação dos animais como objetos de apropriação na perspectiva tradicional de

que estava num nível superior, estar-se-ia, portanto, diante da supremacia do homem por contraponto à menor condição animal.¹³⁸

Essa disponibilidade evidenciada pelo Direito é reconduzida à compreensão do que o ser humano julga ser possível abrir mão em relação aos seus próprios interesses.¹³⁹ Algumas situações expõem claramente essa relação de disponibilidade dos interesses de alguns animais: O homem recorre a diversas espécies animais para lhe arrancar o máximo que puder de benefício próprio; utiliza os animais “cientificamente”, numa certa relação de manipulação; aproveita daqueles como uma forma de relação de “entretenimento”. São diversas as situações que materializam essa perspectiva, basta pensarmos na seara da alimentação humana; em pesquisas de doenças; nos diagnósticos; na produção de remédios; na aquisição de conhecimento científico; na ida ao zoológico; na prática de esporte; em eventos religiosos; etc

Nessa perspectiva antropocêntrica que norteia os principais ordenamentos jurídicos é considerada legítima a utilização dos animais como meio para a satisfação das necessidades humanas. Diante disso, o indivíduo pode racionalmente utilizar e, inclusive, matar os animais quando isso lhe for de algum modo necessário. A palavra necessidade é a que ronda os atuais apontamentos quando se quer aferir a legitimidade da utilização dos animais para fins de interesse humano. O que dolosa ou culposamente ultrapassar a noção de uso racional, culminará em abuso e, possivelmente, na configuração de crueldade – é assim no sacrifício inútil, no sofrimento desnecessário do animal. Em suma, se a prática contra animal não tiver como objetivo proporcionar o bem-estar *humano*, através da qualidade de vida sustentável, ou no caso de estar presente essa finalidade, os meios utilizados não forem os, já devidamente frisados, entendidos como necessários, encontrar-se-á aferido o abuso ou o ato cruel.

A discussão, assim, fica alçada em termos de contraposição entre direitos fundamentais dos indivíduos e interesses dos animais não-humanos. Acreditamos que no terreno dos “eventos” culturais pode ser visto de maneira latente essa difícil harmonização, ao passo que, noutro nível metodológico, ter-se-á como um efeito colateral da discussão sobre o multiculturalismo. Pois uma das vias possíveis seria traçar o que é entendido como

¹³⁸ LOURENÇO, Daniel Braga. As propostas de alteração do estatuto jurídico dos animais em tramitação no Congresso Nacional Brasileiro. In *Revista Jurídica Luso-Brasileira*, ano 2, nº. 1, 2016, pp. 815.

¹³⁹ FRANCIONE, Gary L. Animal Rights Theory and Utilitarianism: Relative Normative Guidance. In *Between The Species*. Issue III, aug., 2003. Disponível em www.cla.calpoly.edu/bts; REIS, Maria Quaresma dos. O papel da ciência na ascensão do Direito Animal e no reconhecimento de direitos aos animais – uma perspectiva comparatista. In *Direito (do) Animal*. Coimbra: Almedina, 2016, p. 210.

cultura, no campo jurídico, para, posteriormente, indagar-se dos limites da utilização dos animais para serem considerados atos de maus tratos.

O ato de maltratar entendido no mais simples sentido pode ser entendido como um ato (conduta) ou fazer alusão ao efeito. E isso identificamos em alguns dos tipos incriminadores já vistos aqui. Outra característica que observamos nos dispositivos legais é a referência ao modo em que se pratica determinada conduta de maus tratos. Verificamos, ainda, a existência de um elemento especial do agente criminoso quando pratica a conduta de maus tratos. Vejamos.

Maltratar como verbo seguido de um sintagma nominal que funciona como complemento direito, pode representar um ato ou fazer alusão ao efeito. Pode-se retirar das expressões de alguns tipos incriminadores a compreensão de que se apresenta como efeito ou em outras descrições legais de que representa uma conduta.

Os tipos penais de maus tratos (ou de crueldade) aos animais, já vistos aqui, fazem alusão, em regra, às condutas similares – ou modo de se praticar – que devem ser proibidas. No §17 n°. 2 *Tierschutzgesetz* do ordenamento alemão, o legislador optou por punir quem “*infligir a um animal vertebrado (...) a) por crueldade consideráveis dores ou sofrimentos; b) ou consideráveis dores ou sofrimentos de maior duração ou repetidos*”. Dessa maneira, a interpretação da fórmula “por crueldade” parece ser uma exigência de um elemento especial do autor no cometimento da conduta, uma espécie de maldade em agir *sem necessidade* na causação de dores ou sofrimentos.

De forma bem similar é o artigo 544-ter do código penal italiano. O legislador italiano optou por punir o agente que “por crueldade ou sem necessidade, [venha] causar lesões a um animal (...), [que acabe por] submetê-lo a sevícias, comportamentos, fadigas ou trabalhos insuportáveis atendendo às respectivas características etológicas”. É uma norma penal que apresenta diversos detalhes, expressões como “por crueldade”, “sem necessidade”, “sevícias” e a ideia de “trabalhos insuportáveis atendendo às características etológicas” dos animais representam detalhes a serem analisados na casuística.

O artigo 32 da Lei 9.605/98 do direito brasileiro pune o autor que “pratica ato de abuso, [de] maus tratos, [de] ferir ou [de] mutilar animais”. É exemplo claro do crime que se verifica diversas formas de cometimento. O legislador - no direito brasileiro - parece ter utilizado as condutas de abusar, maltratar, ferir ou mutilar como atos similares para o mesmo propósito, qual seja, o de ser cruel com o animal.

De todas essas disposições legais, retiramos a compreensão de que mais ou menos há um comportamento indesejado com os animais, porém como identificar o que são “consideráveis” dores ou sofrimentos em um animal como é previsto expressamente no ordenamento alemão? Talvez seja um aviso de que devemos concluir que a demanda da definição de maus tratos precisa de auxílio extramuros do sistema jurídico – porém, não tomará nosso tempo nesse trabalho.

A busca recente pela proteção dos animais, teorizada por mais diversas perspectivas, não faz apagar as tantas situações em que é espontâneo perceber que a almejada proteção do animal encontra-se, a princípio, incoerente. Admitir o manuseio dos animais – vivos, principalmente - é, entretanto, assumir que eles possuem um aspecto de objeto, de coisa, distante daquilo que se busca atualmente no reconhecimento como seres sencientes.¹⁴⁰

Pretendemos caminhar, ainda que tocando tangencialmente¹⁴¹, em algumas das situações acima citadas para que num ponto mais a frente possamos enfrentar a questão do uso dos animais nas manifestações culturais, que, ao nosso ver, escancara a relação de disponibilidade dos interesses dos animais (de bem-estar, de integridade) e, ainda, pode ser o fio condutor para um questão rotulada como novo desafio para o Direito penal, nomeadamente, o tema do multiculturalismo¹⁴². Obviamente, será oportunidade para tocarmos na conduta de maus tratos aos animais.

¹⁴⁰ É nessa incoerência que se pauta uma das perspectivas de teorização da proteção animal: no campo da “autonomização” do Direito dos Animais pleiteia-se tornar, em algum momento, eficaz o corte do ciclo de exploração animal, preconizando, para tanto, o abandono da situação *jurídica* no contexto da propriedade sobre os animais e deixando que esses assumam a titularidade de direitos. Aqui, nesse momento, não se discute se a teorização da proteção animal por via da autonomia do Direito dos Animais se daria sob o argumento do bem estar animal ou de efetivo reconhecimento de direitos aos animais. Apenas a ressalva de que subjaz aos argumentos das vozes defensoras de que a proteção animal somente terá eficácia se “autonomizado” o Direito dos Animais, está o escopo de acabar com o estatuto de propriedade sobre os animais.

¹⁴¹ Não há aqui a intenção de tocar em todas as relações conflituosas entre animais humanos e não-humanos. A proposta é de trazer à baila algumas dessas situações e, dessa maneira, deixar em aberto o espaço para reflexões nessas searas. Fugiria ao propósito do tema desse trabalho.

¹⁴² Sabe-se que com o aumento da questão migratória ocorrida das últimas décadas para cá, abriu-se a compreensão para sociedades culturalmente *heterogêneas*. Tal perspectiva desemboca novos desafios para o Direito penal, onde se analisa quais consequências oriundas da globalização são geradas no sistema jurídico. Nessa linha, no âmbito do Direito penal, vêm se examinando o que pode e o que não pode ser compreendido como crime culturalmente motivado.

2. A COLISÃO DE INTERESSES: O CHOQUE ENTRE HUMANOS E NÃO-HUMANOS

Defende-se em alguma doutrina a não viabilidade de se considerar os animais como sujeitos de direitos¹⁴³ e, de forma ampla, que os mesmos são vistos como instrumentos e não como fins em si mesmo.¹⁴⁴ Essa perspectiva prospecta que o ser humano pode utilizar os seres humanos para satisfação de diversas ordens de necessidade. Ao passo que, de outro modo, defende-se que a proteção dos animais aos atos de violência e maus tratos se faz imprescindível – sobretudo, com base na senciência¹⁴⁵.

A bom rigor, a partir do entendimento de que os animais podem sofrer com ações que lhe são impingidas, resta o questionamento do motivo pela qual o ordenamento jurídico deve ignorar este sofrimento. Por que a dor dos seres irracionais não deveria ter relevância para o Direito? Não é, contudo, o momento de buscar o intento em tal resposta, apenas servirá para expormos as situações em colisão.

A proteção jurídica dos animais tem tido, sem dúvidas, grande expansão tanto a nível internacional quanto a nível doméstico, porém parece que nem sempre o caminho percorrido tem permitido uma evolução num mesmo sentido. Se olharmos bem, por exemplo, para a Lei de Proteção dos Animais de Portugal, verificaremos o quão latente é esse “conflito” de interesses: a LPA excluiu da proibição de violências injustificadas contra animais certos atos, admitindo a arte equestre e as touradas (artigo 1º, nº. 3, al. b) *in fine*) da LPA), bem como a investigação científica (artigo 1º, nº. 3, al. e) da LPA). Em outras palavras, admite-se, *ainda que implicitamente*, essas causas como violências justificadas contra os animais. O mesmo se encontra, por exemplo, na discussão travada na jurisprudência portuguesa sobre a legitimidade ou não do uso dos animais na prática desportiva – especificamente no âmbito da prática do tiro aos pombos.

A bom rigor, de uma forma geral nos ordenamentos, o bem estar animal coloca-se em vias de conflito de algum outro interesse ou direito reconhecido nas Constituições, são os casos de normas constitucionais que protegem a liberdade científica, a religiosa – comum

¹⁴³ Defendendo esse sentido BARBOSA, Mafalda Miranda. A recente alteração legislativa em matéria de proteção dos animais: apreciação crítica. In *Revista do Direito Civil*, Ano II, nº. 1, 2017, p. 64, porém deixando consignado que não é o mesmo que dizer que não há deveres em relação aos animais.

¹⁴⁴ BARBOSA, Mafalda Miranda. A recente alteração legislativa em matéria de proteção dos animais: apreciação crítica. In *Revista do Direito Civil*, Ano II, nº. 1, 2017, p. 64.

¹⁴⁵ Capacidade de experimentar, de forma consciente, diversas sensações e sentimentos, que vão do prazer ao medo.

nos rituais de sacrifícios -, etc. Em suma, não é incomum a colisão entre bem estar animal e outros direitos fundamentais.

Partimos agora na análise de alguns dos conflitos. O leitor perceberá que foram escolhidas duas situações, uma que nos permitirá apresentar essa postura de colisões de interesses e outra que nos dará a oportunidade de relacionar o tema dos maus tratos – apesar de também ser apto ao caminho da colisão de interesses – num outro terreno de análise.

2.1. Na experimentação animal

Já na época do Renascimento, existia a defesa, por exemplo por René Descartes, de que os animais estariam a serviço do homem¹⁴⁶ e tal compreensão já era utilizada para justificar a experimentação científica com cobaias animais, cuja prática foi difundida na Europa.¹⁴⁷ De fato, tal época ficou marcada pelo gosto pela experimentação¹⁴⁸, iniciava-se a tendência de experimentar usando os animais dando, inclusive, continuidade ao fenômeno conhecido como *viviseção* – entendido como qualquer experimento realizado sobre um animal que ainda está vivendo no momento do procedimento operação feita em animal vivo - com o escopo de realizar estudo ou experimentação.

Tal justificativa já não se encontra presente no que há pouco (no capítulo I) foi mostrado com a preocupação da União Europeia com os animais não-humanos e os avanços projetados nas legislações na busca de os proteger. De fato, vinculado ao interesse econômico, estão os fins protetivos do Direito da União Europeia em relação aos animais, porém não quer dizer que daí se ignore a “causa do bem-estar animal”. Uma representação clara dessa afirmação pode ser vista na chamada experimentação animal. Nessa seara, embora a utilização de animais não seja absolutamente proibida, verifica-se a propositura de regras procedimentais para a devida prática.

O século XIX também ficou marcado pelas práticas de se experimentar em animais, porém já com a justificativa de que essas práticas poderiam resultar em soluções para a saúde humana na prevenção de doenças.¹⁴⁹ Algo que no decorrer do século, primeiro com o *Cruelty*

¹⁴⁶ Nessa época justificada toda e qualquer conduta humana que gerasse dor aos animais não-humanos por serem criaturas feitas para sofrer.

¹⁴⁷ Cf. EBERLE, Simone. *Deixando a sombra dos homens: uma nova luz sobre o estatuto jurídico dos animais*. Tese de Doutorado da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, 2006, p. 40.

¹⁴⁸ GOMES, Carla Amado. Animais experimentais: uma barbárie necessária? In *Direito (do) Animal*. Coimbra: Almedina, 2016, p. 102.

¹⁴⁹ GOMES, Carla Amado. Animais experimentais: uma barbárie necessária? In *Direito (do) Animal*. Coimbra: Almedina, 2016, pp. 102 e 103, credita tal postura numa crença lançada por Darwin – através do *The*

to Animals Act¹⁵⁰ e, depois, em 1883 com a *American Anti-Vivisection Society*¹⁵¹, foi combatido. Intensificou-se, sobretudo após as influências do utilitarismo de Bentham¹⁵², a tensão entre liberdade de investigação científica e a proteção do bem-estar dos animais.

O uso de animais em experiências pode ser realizado visando a investigação de prevenção, diagnóstico ou tratamento de doenças alcança o âmbito dos medicamentos, dos testes de vacinas, dos estudos genéticos, da cirurgia experimental, etc. Entretanto, embora se aceite - e regule - tais práticas, busca-se a diminuição da utilização de animais na União Europeia.¹⁵³ Algo que já era pensado – no âmbito do Conselho da Europa – e foi acordado em 18 de março de 1986 e promulgada em 24 de novembro de 1986, a Convenção Europeia para a proteção dos animais vertebrados destinados a experiências e outras finalidades científicas.¹⁵⁴ Visando continuar melhorando a proteção aos animais destinados a experiências foi acordada a Diretiva 2010/63/EU, onde se excluiu, a partir, de março de 2013, a comercialização de cosméticos de fabricação que envolva testes em animais.

Não parece poder se negar que essa é uma área de preocupação constante da União Europeia, vide o primeiro plano de cinco anos aceito pela Comissão da Comunidade Europeia em janeiro de 2006. Além de outras quatro áreas de preocupação, constava a busca pelo desenvolvimento de novos métodos para substituir as experiências com animais e a intensificação das normas mínimas existentes.

origin os species, de 1859 – e pela obra *Introduction à l'étude de la médecine expérimentale*, em 1865, de Claude Bernard. Avança-se no argumento de que a experimentação em animais mortos e vivos seria instrumento importante no progresso da medicina.

¹⁵⁰ De 1876. Basicamente, o ato legal estabelecia limites para a prática e instituía uma forma de licenciamento para experimentação animal. Entretanto, não foi unanimidade nas cortes inglesas, o Lorde Douglas Houghton chamou atenção para os abusos que, segundo ele, o *Cruelty Animals Act*. trazia para as leis do Reino Unido (<https://api.parliament.uk/historic-hansard/lords/1975/may/14/abuses-of-cruelty-to-animals-act>).

¹⁵¹ Nos Estados Unidos da América. A *American Anti-Vivisection Society* foi influenciada pelo *Cruelty of Animals Act* na busca pelo controle do uso dos animais na ciência. Como conseqüência lógica “institucional”, a sociedade buscou a regulamentação para a completa abolição da vivisseção nos testes científicos.

¹⁵² GOMES, Carla Amado. Animais experimentais: uma barbárie necessária? In *Direito (do) Animal*. Coimbra: Almedina, 2016, p. 103.

¹⁵³ Exemplo disso pode ser visto no *Sétimo relatório de dados estatísticos sobre o número de animais utilizados para fins experimentais e outros fins científicos nos Estados-Membros da União Europeia*, onde se indica a diminuição do número de animais manuseados de 2011 em comparação com 2008. Mais de meio milhão de animais deixaram de ser utilizados com os fins experimentais (disponível em <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52013DC0859&from=EN>). Relatório trazido por GOMES, Carla Amado. Animais experimentais: uma barbárie necessária? In *Direito (do) Animal*. Coimbra: Almedina, 2016, pp. 107 e 108.

¹⁵⁴ Basicamente, abrangia os cuidados e o alojamento dos animais, bem como a realização de experiências propriamente ditas. Sem olvidar, como já falamos em oportunidade anterior desse trabalho, que o incentivo para a elaboração dessa Convenção foi de ordem predominantemente econômica, cfr. LÖÖCK, Carmen. *Das Tierschutzstrafrecht nach Einfügung der Staatszielbestimmung 'Tierschutz' in das Grundgesetz (Art. 20a GG)*. Ob. Cit., p. 40.

A linha tênue dessa relação no que toca a experimentação animal seria um terreno fértil para se caminhar na análise dessa sensível convivência, em alguns momentos pacífica em outros aterrorizantes sob o prisma da ética. A experimentação para fins de investigação científica – manipulando ou observando animais – em que se busca incrementar os níveis de proteção das espécies – sem dúvidas, em regra, a humana – convive harmoniosamente, ainda que pensemos na chamada vivissecção. Afinal, não se deve deixar de lado o argumento de o grande público, a bom rigor, confunde experimentação animal – que se utiliza da ética – com maus tratos.

2.1.1. Os 3Rs

Atualmente, o campo da experimentação animal pode ser entendido como o mais avançado quando se trata de equacionar os interesses do animal humano aos do não humano. O final do século XX e o início do século XXI são decisivos para essa realidade, caracteriza-se a busca por *métodos alternativos* à utilização de animais em experimentos científicos.¹⁵⁵

Uma das bases usadas é a observação do que se chama de três princípios no âmbito das experiências com animais: *Replacement*¹⁵⁶, *Reduction*¹⁵⁷ e *Refinement*¹⁵⁸. Através do atendimento dessas orientações se intenta uma ponderação de indispensabilidade, da utilização do animal, do número de animais manuseados e do dano infligido ao animal. Em suma, método alternativo deve ser considerado a partir de qualquer método que possa ser utilizado para substituir, reduzir ou refinar a utilização de animais em atividades experimentais.¹⁵⁹

¹⁵⁵ Na Europa desde 1991 atua a *European Centre for the Validation of Alternative Methods* na tentativa de validar um procedimento, com cinco fases, de alternativas à utilização de animais, manuseando o recurso que vai de técnicas *in vitro* sobre células e tecidos reconstituídos até à telemetria. Para mais informações com outras referências v. GOMES, Carla Amado. Animais experimentais: uma barbárie necessária? In *Direito (do) Animal*. Coimbra: Almedina, 2016, p. 107. O Parlamento Europeu e do Conselho possui diretiva 2010/63/UE que pretende restringir fortemente as experiências com animais vivos, talvez algo mais próximo da compreensão que a União Europeia adota quando assume que os animais possuem valor intrínseco por serem criaturas sencientes (conforme já demonstrado no capítulo I).

¹⁵⁶ Valendo-se da tradução por “alternativas”, tenciona-se indicar que os animais somente serão usados quando não houver outra possibilidade de outros meios alternativos.

¹⁵⁷ “Redução” da quantidade de animais em experimentos. Busca-se o manuseio do somente necessário para os dados científicos responsáveis.

¹⁵⁸ “Aprimoramento” para indicar que as técnicas utilizadas nas experiências devem ser as menos invasivas possíveis.

¹⁵⁹ Contudo, tal “equilíbrio” na justificação para a utilização de uma técnica invasiva numa criatura senciente não passa despercebida dos olhos críticos dos defensores da causa animal, para se aprofundar em uma ótica que busca a aceitação do uso de animais apenas nas experiências que investigam metodologias que excluem a utilização desses animais, cfr. TRÉZ, Thales. Métodos substitutivos. In FEIJÓ, Anamaria Gonçalves

3. A QUESTÃO NAS MANIFESTAÇÕES CULTURAIS¹⁶⁰

Tornando o tema mais vertical ao que se busca analisar na presente pesquisa, é interessante chamar atenção para a relação conflituosa dos interesses de bem-estar animal nas manifestações culturais. Essa abordagem, inclusive, adentra no terreno dos reflexos que o Direito penal recebe à luz do multiculturalismo.

A relação do direito fundamental à cultura e, consequentemente, à tolerância cultural com a proteção aos animais ganha contorno polêmico quando se tenta responder se há crimes de maus tratos - ou “somente” maus tratos - aos animais nas manifestações culturais. É difícil ignorar que muitas das atividades nesse cenário causam sofrimento físico e psíquico aos animais, assim como não se ignora que a fundamentação ético-cultural da proteção dos animais ganha corpo nos principais ordenamentos, com a vigência de diversas normas que buscam impedir que os animais sejam submetidos a tais sofrimentos.

Para fins de exposição, dentre inúmeras atividades que envolvem animais nesse contexto, destacamos algumas “festas” onde se usa animais como atração principal, expondo-os aos mais variados atos de ofensividade às suas integridades física, mental e, principalmente, às suas vidas. As *touradas* – outrora em Portugal¹⁶¹, mas especialmente em Espanha¹⁶² -, a *farra do Boi*¹⁶³, a *vaquejada*¹⁶⁴, *rinhas de galo* - todas essas no Brasil -, *tiro*

dos Santos *et al.* (Orgs.) *Animais na pesquisa e no ensino: aspectos teóricos e técnicos*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2010, *passim*.

¹⁶⁰ É preciso que se diga que nesse específico item, escolhemos uma aproximação maior do sistema brasileiro. Primeiro, por se ter optado por um evento chamado “*farra do boi*” como fio condutor para tocar numa questão que pode ser apresentada ao cenário jurídico-penal nesse terreno das manifestações culturais. Segundo, por acreditarmos que trazendo uma manifestação mais próxima da nossa realidade – brasileira-, será mais coerente qualquer análise produzida. Sem, contudo, deixar de destacarmos o valor dela para o Direito penal e, possivelmente, para outros ordenamentos.

¹⁶¹ Para detalhes dessa manifestação cultural por Portugal v. CORDEIRO, António Menezes. *Tratado de Direito Civil*. Parte geral: coisas. Tomo III. 3ª. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2016, pp. 290 e ss.

¹⁶² Apesar de se saber que na Catalunha as *touradas* têm enfrentado resistência e proibições. Em que pese enfrentamento nessa região, de resto é bem aceita como manifestação cultural e, apesar de possuir algumas variações, o sentido é uníssono: permitir uma simulação de luta entre o toureiro e o toro. Evidentemente que nessa simulação, o touro fica na posição de ser a parte enfraquecida – física e psicologicamente. Os resultados práticos são lesões na integridade física do animal ou a morte mesmo.

¹⁶³ Farra do Boi é eventual cultural onde o boi é solto, perseguido e vítima de provocações com objetos – bandeiras, varas etc. Existem diversos julgados da justiça brasileira a respeito da eventual crueldade – onde se abarca tortura ou maus tratos – aos animais no contexto da farra do boi. Nos deteremos, mais para frente, ao RE nº 153.531/SC, de 03/06/1997, por acreditamos ser passível de tangenciar todas as questões que queremos.

¹⁶⁴ A *vaquejada* é uma prática competitiva principalmente no Nordeste do Brasil. Consiste, basicamente, em soltar um animal bovino em espaço delimitado para que uma dupla de vaqueiros a cavalo o persiga e o domine, puxando-o pelo rabo e o derrubando-o no chão, com as quatro patas para cima. Aos mais sensíveis à causa animal, a tortura psicológica de colocar um animal sem possibilidade de fuga estaria

aos pombos¹⁶⁵ – detidamente inserido como prática desportiva em Portugal. Enfim, são muitos os cenários onde a natural proteção decorrente do mundo civilizado expõe um certo conflito de interesses.

É comum verificar que o que existia dessas manifestações culturais – que, naturalmente, assim foram rotuladas por passar de geração em geração local -, hoje, mais se amoldam ao perfil de show, evento, concerto, com fins comerciais e lucrativos¹⁶⁶. A inspiração, outrora, “saudável” de manifestação de coragem e valentia da habilidade do homem no domínio das chamadas “bestas indomáveis” é hoje um tipo de

demonstrada, além, por óbvio, das possibilidades de lesões durante o manuseio da técnica de deitar o gado no chão.

A constitucionalidade de tal evento foi alvo de ADI nº. 4.983, em face da Lei do Estado Ceará nº. 15.299/2013 que regulamentava – de modo a autorizar – a vaquejada. Discutia-se a violação da norma constitucional que veda a crueldade aos animais (Art. 225 § 1º, VII: “*proteger a fauna e a flora, vedadas, na forma da lei, as práticas que coloquem em risco sua função ecológica, provoquem a extinção de espécies ou submetam os animais a crueldade*”). Em recente decisão (06 de outubro de 2016), o STF (Supremo Tribunal Federal brasileiro) julgou pela inconstitucionalidade desse evento cultural realizado no nordeste do Brasil. Não obstante, dois meses após a decisão, é aprovada a Lei nº. 13.364/2016, declarando a vaquejada *manifestação de cultura nacional e patrimônio imaterial*. A lei tencionou evitar a negação do caráter cultural da vaquejada e atrelá-la aos artigos 215 e 216 da CRFB. Em 2017, a questão ganhou novos contornos, foi aprovada EC (Emenda à Constituição) sob o nº. 96/2017, onde se acrescenta o § 7º ao artigo 225 da CRFB (“*Para fins do disposto na parte final do inciso VII do § 1º deste artigo, não se consideram cruéis as práticas desportivas que utilizem animais, desde que sejam manifestações culturais, conforme o § 1º do art. 215 desta Constituição Federal, registradas como bem de natureza imaterial integrante do patrimônio cultural brasileiro, devendo ser regulamentadas por lei específica que assegure o bem-estar dos animais envolvidos*”). Em suma, não considerando os atos que utilizem animais em práticas desportivas no contexto das manifestações culturais como *atos cruéis* [é necessário, ainda, uma lei específica que regule a prática desportiva que utiliza animal].

¹⁶⁵ Como o próprio nome sugere trata-se prática – considerada como “desporto” em Portugal – em que se lança os pombos de cativado para que os participantes possam atirar e acertar o alvo (os próprios pombos). A prática é considerada desporto por justamente “vencer” quem acertar mais pombos, percebam que no bojo da prática não se fala mais em maus tratos, apenas na morte do animal. É evidente que viola frontalmente as normas inseridas na Lei nº. 5/2007, de 16 de janeiro (“Lei de Bases da actividade física e do desporto”, a obrigação de respeito pelos valores naturais, pela educação e sensibilização ambientais – que deveria ocorrer através da prática de desporto –, onde os desportistas deveriam se abster de causar perturbações *desnecessárias* e *lesivas* às espécies de fauna, é evidentemente descumprida nesse cenário.

Se olharmos a Lei nº. 92/95 (Lei de proteção aos animais) chegaremos na mesma conclusão que chegou CORDEIRO, António Menezes. *Tratado de Direito Civil. Ob. Cit.*, p. 295, é extremamente abusiva tal prática se pensarmos no propósito contemporâneo de respeitar o bem-estar do animal não-humano. O artigo 1.º, n.º 1 da legislação aqui citada impede que se pratique conduta capaz de infligir a morte, com sofrimento cruel, a uma animal, quando *não há necessidade* – afinal, se a finalidade é praticar um desporto, que se lançasse pratos ao invés de animais.

¹⁶⁶ Isso fica claro, por exemplo, com a famosa Festa de São Firmino. Evento tauromáquico em Pamplona. Os touros são transportados em jaulas até a cidade de Pamplona, onde, mais tarde, são alocados em currais. Nesses currais começam a preparação do que se chama de *encierro*. Os touros ficam presos a noite toda junto a outros bois, para, no dia seguinte, serem soltos, alguns já drogados (cfr. http://www.direitosdosanimais.org/website/noticia/show.asp?pgpCode=B1736DB5-5F57-9603-334B-DF9CC23418DB&fb_comment_id=855422524540897_855430054540144#f20d8ec03beb74c) e depois de choques elétricos e gritos, correrem em ruas fechadas, precedidos pela multidão, às arenas. Pela tarde, ocorrem na “praça de touros” as conhecidas touradas, onde esses morrem a espetadas e facadas (www.animanaturalis.org/p/1431/la-crueldad-de-las-fiestas-de-san-fermin).

“entretenimento”.¹⁶⁷ A maioria desses eventos carregam em si a essência de entretenimento com o *status* de manifestações culturais, carregando também, como consectário lógico, a discussão da preponderância do “direito aos animais” – na via da proteção e do bem-estar animal - vs. ao direito à cultura.

Não se deve entender que toda e qualquer atividade que utilize animal encaixa-se no conceito jurídico de crueldade ou maus tratos. Afinal as Constituições – e aqui falando especificamente da brasileira e da portuguesa – não são biocêntricas¹⁶⁸, nem abolicionistas¹⁶⁹ e tampouco colocam seres humanos e animais no mesmo patamar de proteção. É de se entender que no texto constitucional – ainda nos valendo das duas Constituições – a dignidade humana prepondera sobre a animal e, se o uso ou até mesmo sacrifício de um animal se revelar essencial para garantia daquela, tal uso não violará qualquer norma.

Ainda na linha do antropocentrismo moderado – que apresentamos no primeiro capítulo -, parece que atualmente busca-se resguardar o bem-estar animal ao mesmo tempo que se admite que os animais sejam utilizados para o atendimento de necessidades humanas (e ambientais). Em suma, admite-se o bem-estarismo: admite-se a exploração dos animais, dentro dos limites necessários para a eliminação ou redução do sofrimento.

O que podemos concluir é que o critério que distingue, do ponto de vista jurídico, práticas cruéis das práticas não cruéis é o da *necessidade*, que deve ser buscada no objetivo da prática, na sua razão de ser. Daí ser tão disputada a razão nos eventos culturais que utilizam o sofrimento animal como objeto de entretenimento. A pergunta que gira em torno dessa disputa é a de saber se é possível que uma prática cruel seja considerada legítima – por força do Direito contemporâneo, ser considerada constitucional – em nome da tradição (cultural)?

A corrente defensora dos animais entende que nesses segmentos não há proporcionalidade suficiente que responda positivamente à questão se existe proporcionalidade entre o benefício gerado pela prática e a ofensa perpetrada aos animais, ou se haveria outra forma de se assegurar o direito humano sem o uso dos animais. Essa linha argumentativa caminha no sentido da tendência mundial de proibir – ou tentar limitar ao máximo – expressamente – ou implicitamente – prática humana que submeta os animais

¹⁶⁷ NALINI, José Renato. O Animal mais cruel. In *Direito Ambiental e Proteção dos Animais*. São Paulo: Letras Jurídicas, 2017, p. 64.

¹⁶⁸ Corrente que defende que todos os seres vivos – animais humanos e não-humanos, vegetais, organismos unicelulares etc. – têm valor intrínseco, independentemente de sua utilização para outros seres, e gozam da mesma importância.

¹⁶⁹ Onde se prega a abolição de toda e qualquer exploração animal.

a tratamento cruel. A corrente defensora da prática do evento se apega ao caráter cultural da prática, argumentando que a proibição da mesma representaria violação ao direito aos direitos culturais.

Posto isto, é nesse cenário que vamos trabalhar a ideia de maus tratos nessas manifestações – no caso, como anunciamos no início desse item, a partir da *farra do boi* – capaz de gerar um argumento defensivo utilizado em outros sistemas jurídicos^{170, 171}.

3.1. A “Farra do Boi” como ponto de partida

Realinhado a questão ao contexto da “Farra do Boi”, e adiantando que não vamos ficar presos na análise da *ratio decidendi* empregada na decisão do STF (Supremo Tribunal Federal do Brasil) no RE nº. 153.531/SC¹⁷², em que se discutiu de forma mais detida – em que pese uma série de prejuízos argumentativos¹⁷³ – uma questão que nos servirá impulso para chegarmos onde pretendemos nesse item.

Em que pese as particularidades processuais do caso, o que vale para nós, nessa pesquisa, é a possibilidade que tal julgado nos abre quando da análise de questões contemporâneas ao Direito penal. A proteção dos animais, de um lado, e as manifestações, de outro, possibilita caminharmos no âmbito do *multiculturalismo e Direito penal*, com uma consequência que se pode identificar afeta ao tema maus tratos na manifestação cultural.

Abre-se aos defensores do evento a possibilidade do argumento que os direitos culturais estariam resguardados pelo ordenamento e, assim, deveriam ser observados. Os direitos culturais estão assegurados nos artigos 215 e 216 da CRFB/1988 (Constituição da República Federativa do Brasil) e constituem direitos fundamentais – com similitudes ao

¹⁷⁰ Que aqui será apresentado e contextualizado com a manifestação cultural escolhida, porém se ter nenhum intento de esmiuçar todas as variáveis e consequências que o tema permite analisar. Para isso, seria necessário um outro espaço de trabalho acadêmico e fugiria do foco central da presente pesquisa, nomeadamente, na análise do que a conduta objeto da pesquisa implica para a teoria do bem jurídico.

¹⁷¹ É bom que se deixe claro que esse item não tem a pretensão de exaurir tal temática que se apresentará, ao contrário, é tema para outro espaço de pesquisa e que fugiria completamente do foco objeto da pesquisa. Apenas abre-se um caminho de reflexão.

¹⁷² Julgado em 3 de junho de 1997. Para contextualizar o Recurso Extraordinário citado é preciso ir lá atrás, onde foi originado por via de uma ação civil pública intentada no juízo de primeira instância por associações ligadas à defesa dos animais em face do Estado de Santa Catarina (SC). Visava-se a um reconhecimento jurisdicional capaz de condenar o Estado de Santa Catarina em adotar medidas formais e efetivas proibindo a manifestação cultural denominada “Farra do Boi”.

¹⁷³ Conforme se pode ver em ARMANDO, Nicanor Henrique Netto. *A vedação de tratamento cruel contra os animais versus direitos culturais*: breve análise da ótica do Supremo Tribunal Federal no julgamento do Recurso Extraordinário n.º 153531/SC. Disponível em <https://revistas.ufpr.br/made/article/view/32568/22444>.

que pode ser visto no artigo 73.º, n.º 3 da CRP, que ganha *status* de tarefa fundamental do Estado português com o artigo 9.º d) e e) também da CRP -. Com efeito, a CRFB/1988, em seu artigo 215, garante a todos o pleno exercício dos direitos culturais, cabendo ao Estado *proteger as manifestações culturais*, por sua vez, o artigo 216 estabelece constituir o patrimônio cultural brasileiro os bens de natureza material e imaterial – algo com referência à identidade, à memória dos diferentes grupos que formam a sociedade¹⁷⁴ -, o que assistiria razão quando se entende a farra do boi como evento que traduz manifestação arraigada e de forte significação cultural para certas comunidades do território catarinense, guardando relação com a cultura de uma determinada região.

De outro modo, pela via do antropocêntrico protecionista e pela via do homem como detentor de deveres perante o ambiente – uma vez que no ordenamento brasileiro a proteção animal se situa intimamente ligada pela via do ambiente -, a Lei 9.605/98 (Lei de Crimes Ambientais) trouxe no seu artigo 32 a previsão de punição penal para as condutas de maus tratos aos animais – materializando um mandamento constitucional insculpido no artigo 225 § 3º da CRFB/1988¹⁷⁵.

Há, portanto, um choque entre duas normas constitucionais quando uma determinada manifestação cultural demanda a exposição de animais sencientes – de acordo com toda a construção ética protetiva que vem se desenvolvendo – à crueldade: o *direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado*, que, a bom rigor, exige que o Poder Público, buscando uma efetividade, atue proibindo “qualquer” exposição de animais à crueldade e, de outro modo, o *direito às manifestações culturais*, a que deve o mesmo Poder Público promover e fomentar.

Como é sabido, situações como essa ensejam o método de sopesamento dos valores constitucionais em confronto e, a depender da casuística, a atribuição de um peso maior em detrimento do outro – manuseio jurídico comumente reclamado quando há choque de direitos fundamentais¹⁷⁶. E nesse momento, retornarmos ao RE n.º 153.531/SC, pois diante

¹⁷⁴ É preciso que se diga que, na visão constitucional, as culturas minoritárias que contribuíram no decorrer do processo civilizacional devem ter uma valorização igualitária quando se colocam diante da perspectiva de outros grupos culturais preponderantes na formação da nação. Dessa forma, se houver uma tendência dentro daquele terreno do senso comum, através de uma visão hegemônica, não se pode obscurecer o direito fundamental à fruição da cultura.

¹⁷⁵ Nele se estabelece que as condutas capazes de lesionar – ou colocar em perigo se contextualizarmos com o método legislativo nessa seara – o meio ambiente ficarão sujeitas a “*sanções penais e administrativas*”.

¹⁷⁶ Conforme a doutrina de Robert Alexy. De forma mais detida v. ALEXY, Robert. Colisão de direitos fundamentais e realização de direitos fundamentais no estado democrático de direito. In *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul*, v. 17, 1999, pp. 267 e ss.

dessa via do sopesamento ou por via da aplicação nos termos de uma regra¹⁷⁷, foi decidido que a ação civil pública manejada pela associação protetora dos animais deveria ser procedente e, assim, o Estado de Santa Catarina deveria proibir a “Farra do Boi”.

3.2. Na esfera do Direito penal

Até aqui vimos o relacionamento entre a questão dos eventos que utilizam os animais como objeto de algum interesse humano e, especificamente, esse interesse sendo a liberdade do ser humano em usufruir do seu direito à cultura. Entretanto, a questão ficou até aqui em termos de Direito Constitucional, porém quando o STF deu provimento ao recurso interposto, julga a ação procedente e determina que o Estado de Santa Catarina – em face da disposição constitucional do artigo 225 § 1.º, VII – adote providências necessárias à não ocorrência de práticas ofensivas aos animais utilizados na ‘Farra do Boi’, o STF coloca a “Farra do Boi” na esfera do Direito penal, ou melhor, coloca os praticantes como potenciais autores do crime de maus tratos aos animais. Ainda que entendamos que a via da concordância prática talvez fosse a melhor¹⁷⁸, o STF assim não entendeu, ao contrário, abriu espaço para o tema ser tratado no terreno do Direito penal.

A preocupação em se proteger os animais fez com que se configure eventual crime de maus tratos, restando saber quando será crime e quando será legitimada eventual crueldade¹⁷⁹ contra os animais. Porém, queremos chamar a atenção para a possibilidade de aqui se usar a *motivação cultural* quando do momento da imputação de eventual crime. A polissemia e indefinição do termo *cultura*¹⁸⁰ traz diferentes perspectivas, contudo, é certo

¹⁷⁷ Em que pese dois votos terem sido no sentido de que o artigo 225 § 1º da CRFB constitui uma regra e, portanto, não caberia o exercício de ponderação. Para mais detalhes v. KRELL, Andreas J. LIMA, Marcos V. C. A vedação constitucional de práticas cruéis contra animais e correta interpretação das normas legais sobre vivissecção pelas comissões de ética no uso dos animais. In *Revista Brasileira de Direito Animal*, vol. 10, n.º 19, 2015, pp. 113 e ss.

¹⁷⁸ Como faz MARTINS, Charles Emil Machado. *A “Farra do Boi” e os crimes culturalmente motivados: um olhar crítico sobre a decisão do Supremo Tribunal Federal, por ocasião do Recurso Extraordinário nº 153.531/SC, de 3/6/1997*. Relatório de Doutorado entregue na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2015, pp. 28 e ss.

¹⁷⁹ É preciso equacionar qualquer dúvida entre crueldade e maus tratos. À primeira vista são expressões sinônimas, contudo, a diferença é importantíssima para a configuração do crime. O nosso entender é que há casos onde existe os maus tratos mas o inverso já não se verifica. Mais detalhe em MARTINS, Charles Emil Machado. *A “Farra do Boi” e os crimes culturalmente motivados: um olhar crítico sobre a decisão do Supremo Tribunal Federal, por ocasião do Recurso Extraordinário nº 153.531/SC, de 3/6/1997*. Relatório de Doutorado entregue na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2015, pp. 19 e 20.

¹⁸⁰ Conforme se apresenta na variedade semântica do termo, cfr. DIAS, Augusto Silva. *Crimes Culturalmente Motivados*. Coimbra: Almedina, 2016, pp. 99 e ss.

afirmar cultura como algo dinâmico. A “complexidade cultural” ditada pelo que conhecemos atualmente como globalização, faz com que os indivíduos e suas comunidades produzam a chamada cultura, através das suas experiências internas e inter-relações com outros grupos sociais. Independentemente disso, a motivação cultural é algo se alinha ao entendimento interno do agente, algo que explica a sua conduta e que, nessa medida, é relevante para a responsabilidade penal do infrator.

Os crimes culturalmente motivados podem ser entendidos como aqueles comportamentos realizados por um grupo que não é considerado maioria em determinada sociedade, ou seja, comportamentos que fogem da cultura dominante de ordenamento.¹⁸¹ Resguardando-se, assim, a compreensão constitucional de que não se pode restringir um aspecto entendido com cultura em função de outra tida como dominante.

A análise a partir dos crimes culturalmente motivados no âmbito da manifestações culturais é relevante em razão de se fugir do tão falado conflito de interesses nessas ocasiões. Permite apresentar a cultura como tese defensiva - própria do sistema *common law* - como estratégia de defesa¹⁸². A “Farra do Boi” nos permite, assim, aceitar uma eventual compreensão de crime culturalmente motivado – evidente que a casuística demandará assim se provar – e a possibilidade da defesa cultural. E isso não é para defender que em determinadas práticas de uso animal, os seus praticantes com o argumento de que são manifestações culturais, alcancem alguma legitimação moral¹⁸³ de uma prática determinada somente pelo fato de ser um aspecto particular de um regime cultural.¹⁸⁴ Se observarmos o princípio da culpa, ele permite tal argumento na imputação subjetiva quando aferir a necessidade e o limite da pena – perfazendo a justiça individualizada¹⁸⁵.

Quando se contextualiza essa virtualidade da defesa cultural com o sistema da *civil law*, deve-se enfrentar, evidentemente, pelos elementos do fato típico, ilícito e culpável.

¹⁸¹ Pode ser observado quando cumpra requisitos: motivação cultural – elemento subjetivo que orienta o motivo da prática do ato -, a coincidência de razão – elemento objetivo converge a motivação interna do agente com a regra cultural majoritária – e a diferença entre culturas – necessária para se entender algo como cultura dominante e outro algo como a cultura minoritária do agente delituoso -, cfr.

¹⁸² Dentre os diversos tipos de *deffenses* e *excuses* (MARTINS, Charles Emil Machado. *A “Farra do Boi” e os crimes culturalmente motivados*: um olhar crítico sobre a decisão do Supremo Tribunal Federal, por ocasião do Recurso Extraordinário nº 153.531/SC, de 3/6/1997. Relatório de Doutorado entregue na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2015, p. 34). Algo que se relacionaria com as escusas e causas de justificação do nosso sistema jurídico.

¹⁸³ Ao menos é nesse sentido que se insurgem os defensores dos animais. Enxergam nesse argumento uma busca ilegítima de justificação.

¹⁸⁴ Para argumentos críticos à *cultural defense* v. MARTINS, Charles Emil Machado. *A “Farra do Boi” e os crimes culturalmente motivados*. *Ob. Cit.*, p. 35.

¹⁸⁵ Cfr. reclama DIAS, Augusto Silva. Problemas do direito penal numa sociedade multicultural: o chamado infanticídio ritual na Guiné-Bissau. In *RPCC*, n.º 2, 1996, p. 225.

Partindo da premissa que existe o crime e que esse é entendido como culturalmente motivado, estar-se-á cumprida, primeiramente, a exigência da tipicidade – excluindo-se a hipótese que afastaria a tipicidade¹⁸⁶ -, devendo, como consequência, observar uma possível exclusão de ilicitude – já que se trata de teses defensivas. Evidentemente que pensar num exercício regular de um direito à cultura também não prosperaria, uma vez que essa excludente não pode ser oponível para casos de abuso de direito¹⁸⁷.

Nessa linha, ultrapassando as possibilidades de teses de defesa com o escopo de excluir a tipicidade e ilicitude, caberá averiguar se é possível eventual exclusão da culpabilidade. Aqui, se encontra a hipótese de se utilizar o argumento de que o agente poderia não compreender o significado desvalioso da conduta praticada, isso em razão da possibilidade do agente não conseguir compreender o sentido da proibição em razão da sua cultura e, dessa forma, não internalize o valor negativo da conduta¹⁸⁸ - podendo ser entendido como *erro de compreensão culturalmente motivado*¹⁸⁹ -. Esse erro de compreensão – equiparável ao erro de proibição - não merece prosperar por acreditarmos que, especificamente no caso da “Farra do Boi” – daí ser tão importante a análise do caso concreto -, o agente tem conhecimento profundo que a manifestação da qual participa é negativa no ordenamento jurídico que se encontra.

Uma última via ponderada na culpabilidade é a defesa cultural por via do raciocínio que em alguns casos de crimes culturalmente motivados caberia a alegação de que o agente atuou por via de uma pressão cultural. E nessa nos alinhamos, uma vez que se o agente obviamente comprovar que aquela cultura, embora minoritária, se apresenta como presente em sua vida de forma regular e, ainda, que possa sofrer alguma represália no círculo restrito

¹⁸⁶ MARTINS, Charles Emil Machado. *A “Farra do Boi” e os crimes culturalmente motivados*. Ob. Cit., p. 42 traz a reflexão que poderia caber um possível argumento da adequação social por via do argumento que é um comportamento historicamente aceito ordem – ético social, seguindo a doutrina de Welzel -, contudo, o próprio Autor admite que a tese naufraga por via desses costumes culturais não serem adotado de forma geral naquela círculo social, muito pelo contrário, é costume de uma cultura minoritária.

¹⁸⁷ Raciocínio que merece ser contextualizado com a decisão do STF de proibir a manifestação cultural. Dessa forma, se há decisão judicial que proíbe, não que se falar que numa tese defensiva que o agente atuou no exercício regular do direito.

¹⁸⁸ Aqui ainda me valendo do texto de MARTINS, Charles Emil Machado. *A “Farra do Boi” e os crimes culturalmente motivados*. Ob. Cit., p. 45.

¹⁸⁹ Expressão desvelada por Raul Zaffaroni quando trata do multiculturalismo dos imigrantes. ZAFFRONI Apud MARTINS, Charles Emil Machado. *A “Farra do Boi” e os crimes culturalmente motivados*. Ob. Cit., p. 46.

dos participantes da sua cultura. Seria o que Augusto Silva Dias chama de tensão emocional *intensa* em razão do seu vínculo cultural.¹⁹⁰

¹⁹⁰ Nesse sentido, DIAS, Augusto Silva. Acidentalmente dementes? Emoções e Culpa nas sociedades multiculturais. In PALMA, Maria Fernanda. DIAS, Augusto Silva. MENDES, Paulo Sousa. *Emoções e Crime, Filosofia, Ciência, Arte e Direito Penal*. Coimbra: Almedina, 2013, pp. 113 e ss.

CAPÍTULO III

A PROBLEMÁTICA LEGITIMADORA DA CRIMINALIZAÇÃO: ANÁLISE DO BEM JURÍDICO TUTELADO NOS MAUS TRATOS AOS ANIMAIS

1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Inegável que os maus tratos aos animais se mostra distante das principais preocupações das incriminações adstritas ao círculo do conhecido direito penal clássico, todavia, é difícil negar também que a seara jurídica tem olhado mais para problemas do Homem e da Natureza, como consequência da busca pela defesa dos direitos do homem, da criança, da terceira idade, do meio ambiente e, mais recentemente, na defesa dos “direitos dos animais”.

É possível dizer que a conduta de maus tratos aos animais, na ótica da ciência jurídico-penal, apresenta sensíveis questões relacionadas aos fundamentos do Direito penal. Parece, inclusive, ser nesse sentido a qualificação de “*ponto nevrálgico*” fornecida por Roxin ao tema.¹⁹¹ De fato, tal *status* parece ser motivado por adentrar no terreno de um assunto que ainda não guarda consenso na comunidade jurídica, sobretudo entre os penalistas: a legitimação material do Direito penal.

O delito objeto dessa pesquisa, conforme iremos ver mais para frente, toca na delicada questão de distinção entre proibições legítimas e ilegítimas, onde atualmente – não que antes não fosse antes, mas tem-se intensificado nas últimas décadas¹⁹² – por uma é um campo para diversos critérios e considerações. Pode-se dizer que o debate sobre a criminalização dos maus tratos aos animais se insere naquele pacote oscilante entre a dignidade penal¹⁹³, contraordenacional ou simplesmente a despenalização (ou

¹⁹¹ ROXIN, Claus. *Derecho Penal*. Parte general. T. 1. Fundamentos. La Estructura de la Teoría del Delito (trad. por Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo e Javier de Vicente Remesal Da 2ª edição do original *Strafrecht*. AT, 1994). Madrid: Civitas, 1997, p. 59.

¹⁹² Sinalizando essa postura atual de debates, ROXIN, Claus. O conceito de bem jurídico como padrão crítico da norma penal. In *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, ano 23, nº. 1, jan-mar., 2013, p. 8. Roxin traz à baila os debates nas últimas décadas sobre a potencialidade ou não do conceito de bem jurídico em explicar e limitar incriminações. Para melhores referências de estudos recentes sobre o assunto, *Idem, Ibidem*.

¹⁹³ Partindo aqui da aceitação da ideia de bem jurídico-penal vinculado *axiologicamente* com a Constituição. Assunto que enfrentaremos de forma mais detida no decorrer dessa pesquisa.

descriminalização), frequentemente, é verdade, presente nas reflexões do chamado Direito penal “moderno”¹⁹⁴.

Alguns podem ponderar –de forma simplificada que não deve ser a que norteia os juristas - se utilizando do argumento de que se há previsão na legislação é porque deve existir tutela penal dos animais não-humanos. Obviamente, essa resposta não é satisfatória quando se quer aferir a legitimidade da iniciativa criminalizadora de uma determinada sociedade. Deixaria em aberto o problema da justificação. Não podemos perder de vista que as consequências jurídicas do crime traduzem-se em restrição de direitos fundamentais – sobretudo, a liberdade -, de onde se resulta o quão importante são as escolhas dos comportamentos classificados como delitos.

Quando se pergunta pela questão do conceito material de crime procura-se, na verdade, antes de qualquer outro aspecto, a resposta à questão da legitimação material do direito penal. Transformar certos comportamentos humanos em crimes exige uma busca em se saber o motivo – qual a fonte – de onde promana a legitimidade dessas escolhas, afinal as consequências jurídicas dessas escolhas são altamente impactantes para a sociedade e, sobretudo, para o indivíduo isoladamente considerado.

Se assim virmos a questão, perceberemos que o conjunto das normas jurídicas que ligam certos comportamentos humanos - os crimes - a determinadas consequências jurídicas - penas e medidas de segurança - é expressão do poder de punir do Estado, e, desse modo, para que não se caia nos equívocos de um Estado de Direito totalitário ou formalista, é preciso encontrar limites ao tal *ius puniendi*. O que se costuma dizer é que entre os limites oponíveis ao poder de punir estatal está o conteúdo do princípio da exclusiva proteção de bens jurídicos.¹⁹⁵

Os maus tratos aos animais como conduta criminalizada permite a abertura de questões do tipo: Há dignidade penal constitucional nesses tipos penais? O crime de maus

¹⁹⁴ Aspas em razão da ideia que há algum tempo vêm ganhando espaço uma crítica para uma inadequada simplificação em se contrapor o Direito penal clássico do moderno, cfr. GRECO, Luís. Existem critérios para a postulação de bens jurídicos coletivos? In *Revista de Concorrência e Regulação*, ano II, nº. 7/8, jul.-dez., 2012, p. 350. Para um entendimento dessa expressão e sua relação com outras do âmbito do Direito penal v. DIAS, Augusto Silva. “*Delicta in se*” e “*delicta mere prohibita*”: uma análise das discontinuidades do ilícito penal moderno à luz da reconstrução de uma distinção clássica. Coimbra: Coimbra Editora, 2008, p. 216 (com ênfase na nota 509).

¹⁹⁵ MIR PUIG, Santiago. Concepto de bien jurídico-penal como límite del *Ius Puniendi*. In *Estudios de Direito Penal, Processual e Criminologia em Homenagem ao Prof. Dr. Kurt Madlener*. Brasília: Conselho da Justiça Federal, 2014, p. 424.

tratos aos animais protege realmente algum bem jurídico? Os animais merecem proteção do Estado? O bem jurídico é por via da tutela indireta ou direta dos animais?¹⁹⁶

Começaremos as reflexões partindo da última e da primeira pergunta. O último questionamento, ao nosso ver, fica restrito aos interesses domésticos – no sentido de questões internas – de cada sociedade. Valorar o que é e o que não é importante para cada sociedade é tarefa, sem dúvidas, Estatal. Demandaria averiguar se os animais não-humanos podem ser considerados valores humanos reputados como fundamentais nas sociedades contemporâneas e, se assim forem, se deve pensar, posteriormente, de qual modo serão selecionados os meios para reagir a eventual ameaça a esses valores fundamentais.

Outra questão que vamos adiantar é a que se relaciona com a primeira pergunta. Parece ser totalmente influenciada pelo arcabouço de normas e regras constitucionais de cada ordenamento. Se há ou não fundamentos constitucionais que conduzam eventual reflexão sobre tais incriminações serem bem jurídico autônomo é algo – como a própria essência da reflexão reclama – que cada Constituição dirá.

O leitor irá perceber que essas primeiras questões conduzem o tema aos valores constitucionais. Isso do ponto de vista da ciência jurídico-penal é muito importante quando se fala do tema desse capítulo: o bem jurídico-penal. Vale consignar que tal afirmação parte de um aceite sobre determinada ideia de bem jurídico¹⁹⁷, assumindo - dentre vários – um determinado norte de conceito sobre bem jurídico. Ainda de forma embrionária sobre o tema, sem pretensão alguma de contribuir com mais um conceito, apenas assumindo um, compreende-se que bem jurídico corresponderá com aquilo que faça todas as “*condições e finalidades necessárias ao livre desenvolvimento do indivíduo*”¹⁹⁸ – seja por via da realização de seus direitos fundamentais ou por atenção ao funcionamento do sistema estatal¹⁹⁹.

¹⁹⁶ Sem entrar no mérito de uma discussão importante (para alguns segmentos do direito), porém de ordem diversa: Os animais podem ser considerados titulares de direito autônomos? Embora tenhamos que tocar nesse assunto em alguns momentos dessa pesquisa, sinalizando alguma reflexão sobre o tema, deixaremos em aberto tal questionamento. Entretanto, quando analisarmos como o ordenamento jurídico português trabalha a questão da criminalização da conduta de maus tratos, iremos apresentar doutrinas mais especializadas no assunto da “autonomização” dos animais não-humanos.

¹⁹⁷ A ideia de que bem jurídico penal é vinculado com os preceitos valorativos de determinada Constituição.

¹⁹⁸ ROXIN, Claus. O conceito de bem jurídico como padrão crítico da norma penal. In *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, ano 23, nº. 1, jan-mar., 2013, p. 12, com especiais referências de autores alemães que também partem desse conceito.

¹⁹⁹ Algo que se liga mais para explicação de bens jurídicos individuais, de um lado, e coletivos, de outro. Não é o propósito se aprofundar nesse tema.

Outro ponto que o leitor deve ter percebido, até em função do título desse capítulo – e da própria pesquisa – é que todas essas questões nascem da compreensão de proteção de bens jurídicos como uma das missões do Direito penal e, como iremos abordar em páginas mais para frente, como instrumento passível de criticar a legitimação de normas incriminadoras.

Vimos no primeiro capítulo que a proteção penal dos animais é preocupação legislativa atual nos principais ordenamentos de cultura ocidental e nas diretrizes do Direito Europeu, o que confere ressonância cada vez maior entre os juristas. Porém, tal constatação não ameniza a dúvida se é realmente necessária intervenção estatal relacionada na proteção dos animais, sobretudo por meio do Direito penal com a consequente ameaça penal. É legítimo o Estado intervir para proteger os animais não-humanos, sobretudo na seara jurídico-penal? Ou posta de outra maneira: é necessário limitar liberdades, direitos e garantias do indivíduo em razão da proteção aos animais? Essa é outra questão!

Ao contrário das incriminações relacionadas, por exemplo, ao meio ambiente – geradoras de grandes debates – ou nas relações de consumo, fruto dos riscos das sociedades contemporâneas que ao mesmo tempo são sociedades de risco e sociedades democráticas,²⁰⁰ as inseridas no contexto da proteção dos animais não-humanos são conhecidas há algum tempo, mesmo que tenham sido elevadas no último terço do século XX²⁰¹ ao grau de relevantes problemáticas do Direito penal, fruto, acredita-se, das legislações que passaram a figurar os animais como sujeito passivo nas condutas de maus tratos de forma mais criteriosa. Entretanto, parece certo afirmar que não avançaram – ao menos de forma significativa - em termos de equacionar os debates sobre a legitimidade da intervenção penal dessa conduta.

Umas das perguntas que há pouco dissemos sobre a possibilidade que o tema traz para doutrina penal parece ser algo contextualizado com o debate atual sobre os limites da intervenção penal – atual em razão de novos âmbitos e em função de revisão de delitos já conhecidos. Trata-se de incorporação no ordenamento jurídico-penal de delitos que, *a priori*, são voltados à proteção de valores – ou como são chamados por algumas doutrinas, delitos sem vítima -, onde se abre a porta do questionamento acerca do caráter moralista de tais

²⁰⁰ Sobre o tema v. DIAS, Augusto Silva. *Ramos emergentes do Direito Penal relacionados com a proteção do futuro*. Coimbra: Coimbra Editora, 2008, pp. 11-66.

²⁰¹ GUZMÁN DALBORA, José Luis. El delito de maltrato de animales. In DIÉZ RIPÓLLES, José Luis. ROMEO CASABONA, Carlos María. GRACIA MARTÍN, Luis. HIGUERA GUIMERÁ, Juan Felipe (Ed.). *La ciencia del derecho penal ante el nuevo siglo*. Libro homenaje al Profesor Doctor José Cerezo Mir. Madrid: Tecnos, 2002, pp. 1319-1324.

incriminações.²⁰² A partir de tal postura intervencionista, questionam-se diversas figuras típicas voltadas à tutela da moralidade, de sentimentos ou do ordenamento ético.

Nessa linha, o presente estudo pretende analisar a questão – que para alguns fica equivocadamente em pano de fundo – que pode ser resumida em se saber quais são as razões que autorizam o Estado a proibir *penalmente* condutas que, num primeiro momento, não lesionam nenhum outro cidadão, nomeadamente, delitos de maus tratos aos animais.

Há pouco dissemos que apontar – criticamente – proibições legítimas ou ilegítimas demanda o fluxo e contra fluxo de uma série de critérios, e um desses critérios diz respeito ao bem jurídico protegido pela incriminação. De fato, refletir sobre a intervenção penal – ainda que não se prenda somente ao tema da proteção penal dos animais e sim a qualquer proposta de expansão penal – é tentar buscar uma racionalidade nas normas penais e, assim, encontrar (ou não) a existência da legitimidade dessas normas. E, para esmagadora maioria da doutrina influenciada pela adoção do sistema da *civil law*, a possibilidade de averiguar essa tal legitimidade num determinado ordenamento é se utilizando da teoria do bem

²⁰² Vale frisar que a proteção de valores não leva, de forma absoluta, à consideração da norma como moralista e, assim, ilegítima. A crítica ao moralismo no Direito penal são direcionadas às normas que pretendam proteger valores *por si mesmos*, cujo referencial do bem jurídico fica perdido.

jurídico.²⁰³ Não deve ser por outro motivo que Figueiredo Dias - apesar dos riscos da simplificação - anuncia que “*todo direito penal é um direito penal de bem jurídico*”²⁰⁴.

Todavia, em que pese ampla ressonância que a doutrina do bem jurídico alcançou e alcança nas vozes dos penalistas, é possível, com frequência, observar estudos com a tendência de se *ponderar* a real validade da teoria do bem jurídico²⁰⁵. Isso ocorre em razão

²⁰³ Defendendo a importância dessa teoria no processo de criminalização, DIAS, Jorge de Figueiredo. O comportamento criminal e sua definição: conceito material de crime. In *Questões fundamentais de Direito Penal revisitadas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, pp. 51 e ss; ANDRADE, Manuel da Costa. *Consentimento e acordo em Direito penal*. Coimbra: Coimbra Editora, 1991, pp. 42 e ss; DIAS, Augusto Silva. “*Delicta in se*” e “*Delicta mere prohibita*”: Uma Análise das Descontinuidades do Ilícito Penal Moderno à luz da Reconstrução de Uma Distinção Clássica. Coimbra: Coimbra Editora, 2009, *passim*; *Idem*. *Ramos emergentes do Direito Penal relacionados com a proteção do futuro (ambiente, consumo e genética humana)*. Coimbra: Coimbra Editora, 2008, p. 70; CARVALHO, Américo Taipa de. *Direito penal: parte geral. Questões Fundamentais. Teoria Geral do Crime*. 3ª ed. Porto: Universidade Católica Editora, 2016, p. 57 e ss.; SOUSA, Susana Aires de. Argos e o direito penal (uma leitura “dos crimes contra animais de companhia” à luz dos princípios da dignidade e da necessidade). In *Revista Julgar*, nº. 32, maio-agosto, 2017, pp. 150 e ss; GRECO, Luís. Existem critérios para postulação de bens jurídicos coletivos? In *Revista de Concorrência e Regulação*, ano II, nº. 7/8, jul.-dez., 2012, pp. 350 e 351; D’AVILA, Fabio Roberto. Aproximações à teoria da exclusiva proteção de bens jurídicos no direito penal contemporâneo. In *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, Studia Iuridica 98, vol. I – Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Jorge de Figueiredo Dias, 2009, p. 191; Em outras doutrinas: ROXIN, Claus. Sobre o recente debate em torno do bem jurídico. In GRECO, Luís. TÓRTIMA, Fernanda Lara (Orgs.) *O bem jurídico como limitação do poder Estatal de incriminar?* 2ª. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, pp. 233-275; *Idem*. Que comportamentos pode o Estado proibir sob ameaça de pena? Sobre a legitimação das proibições penais (trad. por Luís Greco). In *Estudos de Direito Penal*. Rio de Janeiro, 2006, pp. 31 e ss; *Idem*. Dependencia e independencia del Derecho Penal con respecto a la política, la filosofía, la moral y la religión. In *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, vol. LIX, 2006, pp. 5 e ss; HEFENDEHL, Roland. O bem jurídico como a pedra angular da norma penal. In GRECO, Luís. TÓRTIMA, Fernanda (Orgs.) *O Bem Jurídico como Limitação do Poder Estatal de Incriminar?*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, *passim*; NAUCKE, Wolfgang. *Materiais para o estudo da parte especial do Direito Penal: estudos monográficos: 1. Introdução à parte especial do Direito Penal* (trad. por Augusto Silva Dias do original *Strafrecht – eine Einführung*. 5ª ed., 1987). Lisboa: AAFDL, 1989; GRECO, Luís. *Lo vivo y lo muerto en la teoría de la pena de Feuerbach*. Una contribución al debate actual sobre los fundamentos del Derecho penal (trad. por Paola Dropulich e José R. Béguelin do original *Lebendiges und Totes in Feuerbachs Strafrecht*. *Ein Beitrag zur gegenwärtigen strafrechtlichen Grundlagendiskussion*, 2009). Madrid: Marcial Pons, 2015. *Idem*. Tem futuro a teoria do bem jurídico? Reflexões a partir da decisão do Tribunal Constitucional Alemão a respeito do crime de incesto (§ 173 *Strafgesetzbuch*). In *RBCrim*, ano 18, nº 82, jan.-fev./2010; MIR PUIG, Santiago. Concepto de Bien Jurídico-Penal como Límite del *Ius Puniendi*. In *Estudos de Direito Penal, Processual e Criminologia em Homenagem ao Prof. Dr. Kurt Madlener*. Brasília: Conselho da Justiça Federal, 2014, pp. 424-432; Na doutrina brasileira: GRECO, Luís. “Princípio da Ofensividade” e Crimes de Perigo Abstrato – uma introdução ao debate sobre o bem jurídico e as estruturas do delito. In *RBCrim*, vol. 18, nº. 49, 2004, p. 92; RIBEIRO, Luiz Gustavo Gonçalves. COSTA, Marina Lage Pessoa da. *O papel e os limites do Direito penal como instrumento de proteção do meio ambiente: uma análise sob o viés do direito de intervenção* proposto por Winfried Hassemer. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, p. 69; PASCHOAL, Janaina Conceição. *Constituição, Criminalização e Direito Penal Mínimo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 43; PRADO, Luís Regis, *Bem jurídico-penal e Constituição*. 7ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, *passim*, especialmente em pp. 61 e ss.

²⁰⁴ O <<direito penal do bem jurídico>> como princípio-constitucional à luz da jurisprudência constitucional portuguesa. In GRECO, Luís. MARTINS, Antonio (Orgs.) *Direito Penal como crítica da pena: Estudos em homenagem a Juarez Tavares por seu 70.º Aniversário em 2 de setembro de 2012*. Madrid: Marcial Pons, 2012, p. 250; *Idem*. O <<Direito penal do bem jurídico>> como princípio jurídico-constitucional – Da doutrina penal, da jurisprudência constitucional portuguesa e das suas relações. In *XXV anos de jurisprudência constitucional portuguesa*. Coimbra, Coimbra Editora, 2009, p. 33.

²⁰⁵ Nesse sentido JAKOBS, Günther. O que é protegido pelo Direito Penal: bens jurídicos ou vigência da norma? In GRECO, Luís. TÓRTIMA, Fernanda Lara (orgs.) *O bem jurídico como limitação do poder estatal de incriminar?*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, *passim*; GRECO, Luís. Tem futuro a teoria

da compreensão de proteção de bens jurídicos disputar espaço na teoria da criminalização com outras concepções; como se observa na já na não tão desconhecida tese normativa - que tem em *Jakobs* um expoente. O cada vez mais discutido *harm principle*, cujo desenvolvimento por *Feinberg* busca também limitar o que pode ou não ser sancionado.²⁰⁶ Aliado a essas, embora não obstando a ideia de proteção de bens jurídico, existe quem sustente haver necessidade de “complementação” à teoria do bem jurídico²⁰⁷, defendendo que essa poderia ser uma tese plausível no serviço da teoria da criminalização, porém, estaria defasada no enquadramento social atual.²⁰⁸

Apesar de algumas dessas concepções terem argumentos sedutores quando se analisa o processo de criminalização de uma determinada conduta, entende-se, nesse momento, que não seria possível explicar os pormenores de cada processo, bem como fugiria do foco central dessa pesquisa averiguar as nuances positivas trazidas por essas outras propostas. Afinal, a proposta aqui é trabalhar a problemática trazida pela criminalização dos maus tratos aos animais a partir da ótica da doutrina do bem jurídico. É um problema de fundamento que se discute no questionamento de qual bem jurídico é protegido pelo tipo de maus tratos aos animais, passando também por outras considerações ligadas ao pressuposto de proteção de bens jurídicos.

do bem jurídico? Reflexões a partir da decisão do Tribunal Constitucional Alemão a respeito do crime de incesto (§ 173 *Strafgesetzbuch*). In *RBCCrim*, ano 18, n.º 82, jan.-fev./2010, *passim*; HEFENDEHL, Roland. O bem jurídico como pedra angular da norma penal. In *O bem jurídico como limitação do poder estatal de incriminar?*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, p. 69.

²⁰⁶ O filósofo do direito desenvolveu a ideia de que apenas danos a outros (“harm to others”) podem ser penalmente sancionados. O conceito de *harm principle* já havia sido discutido no século XIX na doutrina alemã por *Stuart Mill* e, quando desenvolvido por *Feinberg* no Direito penal anglo americano ganha consequências similares as da teoria do bem jurídico, cfr. ROXIN, Claus. Sobre o recente debate em torno do bem jurídico. In GRECO, Luís. TÓRTIM, Fernanda Lara (Orgs.) *O bem jurídico como limitação do poder Estatal de incriminar?* 2ª. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, p. 235.

²⁰⁷ Como, por exemplo, faz Luís Greco ao propor o complemento da ideia de autonomia, cf. GRECO, Luís. Tem futuro a teoria do bem jurídico? Reflexões a partir da decisão do Tribunal Constitucional Alemão a respeito do crime de incesto (§ 173 *Strafgesetzbuch*). In *RBCCrim*, ano 18, n.º 82, jan.-fev., pp. 178-181 e, principalmente, na sua tese de doutoramento *Lo vivo y lo muerto en la teoría de la pena de Feuerbach*. Una contribución al debate actual sobre los fundamentos del Derecho penal (trad. por Paola Dropulich e José R. Béguelin do original *Lebendiges und Totes in Feuerbachs Straftheorie. Ein Beitrag zur gegenwärtigen strafrechtlichen Grundlagendiskussion*, 2009). Madrid: Marcial Pons, 2015.

²⁰⁸ Defendendo a teoria do bem jurídico D’AVILA, Fabio Roberto. Aproximações à teoria da exclusiva proteção de bens jurídicos no direito penal contemporâneo. In *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, *Studia Iuridica* 98, vol. I – Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Jorge de Figueiredo Dias, 2009, p. 191 pondera que apesar das dificuldades encontradas na teoria “*não significa, de modo algum, ausência de mérito ou insuficiente valia no enfrentamento da questão, mas o límpido resultado de dificuldades inerentes à natureza e à dimensão do seu encargo*”.

As outras propostas que competem espaço com a teoria do bem jurídico, em regra, atacam dois pontos discutíveis dessa teoria.²⁰⁹ Pontos que são reconduzidos em problemas de definição e, principalmente, de fundamentação da teoria do bem jurídico. *O que é bem jurídico? e da onde vem a autoridade pretendida da teoria do bem jurídico?*

Fato é que a doutrina especializada caminha no entendimento de que a ideia de bem jurídico apesar de precisar, como adiantamos, de alguns complementos com outras ideias é tanto teleológico-racionalmente orientadora na construção dogmática quanto na interpretação jurídico-penal. Nessa linha, foi até aqui apresentado e defendido que a prática atual e a evolução do direito penal se servem da compreensão de que os fatos puníveis são aqueles que constituem lesões ou perigo de lesões a bens jurídicos. A teoria do bem jurídico se mostra fiel ao propósito da ideia de que todo delito tem por conteúdo necessário a lesão ou perigo de lesão a bens e, portanto, ao que se espera hoje do direito penal. O bem jurídico-penal, seja através da parte especial ou do chamado direito penal extravagante, surge como finalidade de proteção do direito penal e “auxiliar prático de interpretação”²¹⁰, cumprindo, assim com a sua função interpretativa e sistemática.²¹¹

Tentaremos tocar nesses dois pontos acima citados. Focando inicialmente no problema de definição da ideia de bem jurídico. O que condiz, a bem da verdade, com as bases do sistema da teoria do bem jurídico, que considera primeiro o interesse tutelado para só depois o legislador criar a norma de proteção, ponto esse, inclusive, de distinção do princípio da lesão (*harm principle*), que considera, antes do interesse, o comportamento praticado.²¹²

Desse modo, tem-se uma ideia bem definida: o direito penal será necessário para proteção de bens jurídicos. Todavia, para proteger algo é necessário definir o que é esse algo, é fundamental a definição do conceito de bem jurídico-penal, bem como a determinação aproximada dos valores suscetíveis da qualificação de bens jurídicos-penais. E nisso a doutrina penal não possui ideia uníssona, ao contrário, a definição de bem jurídico não se

²⁰⁹ Cfr. GRECO, Luís. Tem futuro a teoria do bem jurídico? Reflexões a partir da decisão do Tribunal Constitucional Alemão a respeito do crime de incesto (§ 173 *Strafgesetzbuch*). In *RBCCrim*, ano 18, nº. 82, jan.-fev, 2010, pp. 169, 174 e 175.

²¹⁰ Para eventuais casos duvidosos, como acentua NAUCKE, Wolfgang. *Materiais para o estudo da parte especial do Direito Penal: estudos monográficos: 1. Introdução à parte especial do Direito Penal* (trad. por Augusto Silva Dias do original *Strafrecht – eine Einführung*. 5ª ed., 1987). Lisboa: AAFDL, 1989, p. 37.

²¹¹ Como acentua SOUSA, Susana Aires de. Argos e o Direito penal (Uma Leitura “Dos crimes contra os animais de companhia” à luz dos princípios da dignidade e da necessidade. In *Revista Julgar*, nº 32, 2017, p. 151.

²¹² TINOCO PASTRANA, Angel. *Fundamentos del sistema judicial penal en el Common Law*. Sevilla: Universidad de Sevilla, 2001, p. 20.

tem se mostrado ser tarefa simples. Daí resulta outra afirmação: o conceito de bem jurídico é controverso.

2. BEM JURÍDICO-PENAL: DO CONCEITO À CRISE.

O sistema jurídico-penal português, influenciado pelas premissas da tradição romano-germânica, própria do continente europeu, abraça a ideia da teoria do bem jurídico ser considerada o núcleo estruturante do Direito penal. Tal teoria começou a ser desenvolvida de maneira mais significativa na Alemanha, no início da primeira metade do século XIX, através de Feuerbach, com estudos voltados ao conceito material de delito e que, mais tarde, com Birnbaum, ganharam contornos relevantes ao conceito de bem jurídico.

O bem jurídico ligado ao Direito penal é produto de desenvolvimento doutrinário relacionado ao conteúdo material do crime e, em relação a esse tema, cumpre salientar existência de estudos anteriores aos de Feuerbach. Na Itália, no século XVIII, já se pensava sobre o conteúdo material do crime, inserido no que ficou conhecido como Escola Clássica. Entendia-se crime como sendo a violação de um direito e, assim, a essência de razão da norma proibitiva. Porém, onde mais tarde foi se assentar embate teórico sobre o conceito de crime, entre os clássicos e os positivistas²¹³, mais tinha a ver com estudos sobre o próprio criminoso e as causas do crime do que propriamente sobre bem jurídico penal. O que se dá conta é que foi realmente na cultura acadêmica alemã onde o conceito de bem jurídico ganhou os seus devidos contornos.

O movimento conhecido como iluminismo não foi só de significativa importância ao modo como se pensava os animais não-humanos e sua relação com os seres humanos, também no modelo político que se pensava²¹⁴ e, sobretudo, que muito nos importa, na ciência jurídico-penal. Na realidade, compreendendo que os ideais do iluminismo formaram uma geração que em tudo queria inovar²¹⁵, defendeu-se, como uma esteira principiológica da

²¹³ A Escola Clássica e os Positivistas travaram embate de ideias calcado no livre-arbítrio x determinismo como parte do conteúdo de crime.

²¹⁴ Cf. GRAES, Isabel Maria dos Santos. *Do Supremo Tribunal de Justiça à desconstrução do poder judiciário em Oitocentos*. Tese de doutoramento em Direito apresentada na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2010, pp. 3 e ss.

²¹⁵ Ainda que se possa dizer que essa geração apenas criou uma nova realidade assente nas estruturas antigas; e que a ruptura com o medo de pensar anteriormente não foi tão abrupta quanto se tinha intencionado. Nesse sentido v. GRAES, Isabel Maria dos Santos. *Do Supremo Tribunal de Justiça à desconstrução do poder judiciário em Oitocentos*. Tese de doutoramento em Direito apresentada na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2010, p. 3.

construção ideológica e filosófica do século XIX, que o homem nasceu dotado de certos direitos naturais (inatos) e que era objetivo do Estado proteger esses direitos²¹⁶.

A ciência jurídico-penal não ficou alheia a essa perspectiva, ao contrário, se desvinculou da ideia de punição por desagrado ao Divino e se aproximou da noção de descumprimento do contrato social com Feuerbach – Autor do período iluminista. Defendeu que qualquer ataque contra o Estado, infringindo suas leis, representaria a violação aos direitos individuais que a norma pretenderia proteger.²¹⁷ Ventilava, o Autor, a compreensão de que vincula delito como lesão a direitos subjetivos. Os indivíduos cederiam as suas liberdades naturais em prol da organização civil que, por sua vez, compatibiliza a liberdade de cada um, com o escopo de prover a convivência harmônica. Feuerbach, assim, entendia o crime como violação ao direito subjetivo de outrem, fazendo com que se limitasse o poder punitivo Estatal, impossibilitando de considerar crime a conduta que não lesionasse a convivência entre direitos subjetivos de liberdade. Dessa forma, ao definir o Estado como garantidor da harmônica convivência entre as liberdades individuais, Feuerbach defendeu um conceito material de delito. Somente poderia ser objeto de criminalização a conduta que violasse liberdade de outrem ou o direito subjetivo que dela deriva.

Dessa crença, se insurgindo contra a compreensão de crime significar violação de direitos subjetivos, Birnbaum propôs um certo aprimoramento.²¹⁸ A atribuição ao crime se deu pela via das características de violação ou exposição a perigo de um *bem* garantido a todos pelo poder do Estado. Birnbaum, em que pese igualmente defender a limitação do arbítrio Estatal, entendia que a teoria penal também deveria fornecer ao juiz elementos concretos para avaliar efetivamente sobre a legitimidade de uma incriminação, pautá-la em uma eventual violação de direito subjetivo era, para o Autor, algo demasiadamente abstrato.²¹⁹ O melhor seria ter a referência para o conceito de delito extraída não de um

²¹⁶ Cf. GRAES, Isabel Maria dos Santos. *Do Supremo Tribunal de Justiça à desconstrução do poder judiciário em Oitocentos*. Tese de doutoramento em Direito apresentada na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2010, p. 3; MACHADO, Érica Babini Lapa do Amaral. *Bens Jurídicos-Penais: da teoria dogmática à crítica criminológica*. Curitiba: Juruá, 2016, p. 31-33.

²¹⁷ GRECO, Luís. *Lo vivo y lo muerto en la teoría de la pena de Feuerbach. Una contribución al debate actual sobre los fundamentos del Derecho penal* (trad. por Paola Dropulich e José R. Béguelin do original *Lebendiges und Totes in Feuerbachs Straftheorie. Ein Beitrag zur gegenwärtigen strafrechtlichen Grundlagendiskussion*, 2009). Madrid: Marcial Pons, 2015, pp. 61 e ss.

²¹⁸ D'AVILA, Fabio Roberto. *Ofensividade no direito penal*. Escritos sobre a teoria do crime como ofensa a bens jurídicos. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, pp. 62 e ss.

²¹⁹ BIRNBAUM, Johann Michael. *Sobre la necesidad de una lesión de derechos para el concepto de delito*. Buenos Aires: Editorial B de f, 2009, pp. 32 e ss.

direito, mas de um bem. Em 1834, Birnbaum cunhou um conceito [naturalístico] de bem jurídico²²⁰ capaz de influenciar a dogmática penal dos sistemas romano-germânicos.

Mais tarde, em meados do século XIX, esse conceito naturalístico de bem, defendido por Birnbaum, foi reformulado. Binding, inserido no contexto do pensamento positivista, sustentou ser inconcebível querer proibir uma conduta com base em conceitos metajurídicos de bem. O Estado não poderia ficar condicionado a conceito prévio e externo ao Direito, deveria, para o Autor, ter o arbítrio de determinar o que punir. Baseou-se numa concepção positivista de bem²²¹, no qual bem jurídico seria aquilo que o Estado – através de sua atuação de legislar – entende como essencial para vida em comunidade, reconduzindo a um conceito formal de delito.

Ao contrário, von Liszt já chamava a atenção para o, segundo ele, criticável conceito puramente formal de bem jurídico. Defendia que o “*conceito de bem jurídico (...) é uma criação da vida, um interesse vital que é apenas protegido pelo Direito*”²²² e, portanto, não poderia o conceito de delito ser pautado exclusivamente pelo que o legislador concreto entendesse como penalmente relevante. Para o Autor, a norma não cria o bem jurídico e sim o encontra”²²³.

Já no início do século XX, aparece crítica ao positivismo – no qual Binding era inserido – aspirando-se as correntes do Direito natural e do historicismo. O positivismo centrava-se na cientificidade basicamente para se contrapor ao método experimental das ciências naturais e assumir o método de análise dos fenômenos sociais. Obviamente essa análise positivista alcançou a esfera jurídica.²²⁴ E disso se insurgiu o Neokantismo. Nesse contexto, se o conceito positivista de ciência só admitia aquelas ciências que se serviam de métodos naturais fundados na investigação causal²²⁵, o Direito não poderia ser compreendido por esse caminho, o que levou ao óbice dessa concepção.²²⁶

²²⁰ Alijado a essa doutrina estaria a concepção de bens capazes de serem atribuídos aos seres humanos, porém *bem* deveria ter natureza pré-jurídica, derivariam da natureza ou das necessidades da vida social. Seria “*decisivo para tutela penal a existência de um bem radicado diretamente no mundo do ser ou da realidade*” (PRADO, Luiz Regis. *Bem jurídico-penal e Constituição*. 7ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 30), os objetos de proteção seriam determinados de maneira pré-positiva.

²²¹ Binding esvaziou o conceito natural, pré-positivo de bem jurídico.

²²² LISZT, Franz von. *Tratado de derecho penal*. (trad. por Luis Jiménez de Asúa). t. II. 4ª.ed. Madrid: Editorial Réus, 2007, p. 6.

²²³ O entendimento de von Liszt era baseado numa concepção positiva naturalista. *Idem. Ibidem*, pp. 6 e ss.

²²⁴ MIR PUIG. *Introducción a las Bases del Derecho Penal*. Concepto y método. Barcelona: Bosch, 1976, pp. 195 e 196.

²²⁵ Onde se tinha o passo a passo: observação, experimentação e coleção de fato.

²²⁶ MIR PUIG. *Introducción a las Bases del Derecho Penal*. Concepto y método. Barcelona: Bosch, 1976, pp. 113-114.

Nessa linha²²⁷, a ciência dogmática do Direito deveria averiguar o significado que corresponde a uma norma jurídica na estrutura de sentido do ordenamento jurídico segundo o conteúdo significativo inerente a ela. Assim, a interpretação do Direito será desenvolvida a partir de sua intencionalidade valorativa, tornando visível o conteúdo imanente de uma norma - ou conceito jurídico.²²⁸

O leitor menos atento talvez não perceba que tal mudança muda significativamente eventual compreensão de bem jurídico. Aparece o conceito *metodológico* de bem jurídico – com bases normativistas. Reagindo contra a compreensão positivista do Direito – que defendia o delito como dado formalmente segundo o que está expresso na lei -, a concepção em comento buscou a substância material de bem jurídico numa realidade prévia ao Direito²²⁹. Os bens jurídicos, portanto, seriam fórmulas interpretativas dos tipos legais de crime, com a capacidade de resumir determinado conteúdo,²³⁰ de modo a possibilitar concretizações somente quando o objeto da proteção fosse visto como valor da comunidade.²³¹

A busca por uma função garantista liberal foi renunciada e substituiu-se - pela via do neokantismo- uma definição material do bem jurídico pela ideia de um valor, cujo sentido não era do indivíduo, mas sim com um valor cultural no âmbito normativo. Esse juízo normativo levaria a um processo de espiritualização do bem jurídico²³², pois o objeto da tutela desconectava-se da realidade social e, sem possuir qualquer existência por si mesmo, vinculava-se com o sentido de razão de legislar. Em suma, a lesão de um bem jurídico passaria, ao invés de significar qualquer transformação no mundo exterior, antes, a implicar um resultado jurídico identificado com a ofensa à cultura social.

Dessa forma, foi possível ter noção de que ocorria uma espécie de esvaziamento de conteúdo do bem jurídico, estar-se-ia diante de uma abertura de sua noção, capaz, embora se mantivesse intacta a ideia de lesão a bem jurídico como pressuposto do delito, de retirar

²²⁷ Na perspectiva neokantiana a realidade é sempre um dado livre de sentido e de valor, reclama uma especial consciência valorativa sobre as coisas, de modo a acrescentar, para essas, um valor ou desvalor. Em suma, o homem transformaria a realidade em respeito aos valores a que aspira.

²²⁸ MIR PUIG. *Introducción a las Bases del Derecho Penal*. Concepto y método. Barcelona: Bosch, 1976, pp. 119-120.

²²⁹ Algo no meio do caminho do mundo do ser e do dever ser.

²³⁰ PRADO, Luiz Regis. *Bem jurídico-penal e Constituição*. 7ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 29.

²³¹ PRADO, Luiz Regis. *Bem jurídico-penal e Constituição*. 7ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 29.

²³² Sobre essa perspectiva e, especificamente, sobre a concepção teleológica-valorativa do neokantismo v. BUSTOS RAMÍREZ, Juan. *Introducción al Derecho Penal*. 3ª ed. Bogotá: Temis, 2005, pp. 161 e ss.

do seu núcleo a possibilidade de fazer sentido por si mesmo.²³³ Esgrimiui-se, então, críticas acentuadas ao mundo desses valores, caracterizadores do neokantismo, pois a análise do delito ficaria identificada com a mera oposição aos valores culturais.

As insuficiências críticas conduzidas pela ideia de um conceito formal estiveram também nas reflexões de Welzel. Visava-se, já nesse momento, um conceito de delito capaz de possuir pretensões críticas a determinadas criminalizações. A doutrina iniciou argumentos que sustentavam que um modelo formalizado, que afirmasse a total impossibilidade de limitação do arbítrio Estatal, acabaria por legitimar que quaisquer tipos de condutas viessem a ser tratadas pela punição penal. O pensamento de Hans Welzel foi importante numa tentativa de rematerializar o conceito de delito²³⁴ – especialmente destinando às categorias ontológicas um papel principal²³⁵.

Se contextualizarmos com o período nazista²³⁶ – contemporâneo a um momento da vida acadêmica de Welzel -, as preocupações de limitação ao Estado são por lógica

²³³ Cfr. GONZÁLEZ RUS, Juan José. *Bien Jurídico y Constitución* (bases para uma teoria). Madrid: Fundación Juan March, 1978, pp. 17-19.

²³⁴ Ainda que não seja necessário adentrar nos pormenores de cada Autor, entende-se, aqui, que seria válido compreender melhor a doutrina de Hans Welzel para ver correspondência no conceito de bem jurídico que defendia. O Autor – pai da tão conhecida teoria finalista da ação, em oposição ao pensamento *naturalista* de Birnbaum e ao *positivismo* de Binding, concebia o Direito como realidade social, algo que seria elemento da própria estrutura da sociedade. Ele, inclusive, afirma que a razão principal do fracasso da filosofia do direito neokantiana foi essa estar justamente na manutenção e *complementação* do conceito positivista do direito, cfr. WELZEL, Hans. *Introducción a la filosofía del Derecho: derecho natural y justicia material*. Madrid: Aguilar Editores, 1974, p. 257.

²³⁵ Nesse sentido, WELZEL, Hans. *Introducción a la filosofía del Derecho: derecho natural y justicia material*. Madrid: Aguilar Editores, 1974, pp. 275-285. É interessante notar que no contexto político e ideológico, a concepção humanista proveniente do jusnaturalismo de Welzel, apesar de ser falado que começou a ser desenvolvido em 1931, só teve repercussão e receptividade no mundo jurídico-penal no período pós-Guerra, onde se consolidou o finalismo (*Idem*, pp. 330 e 331).

²³⁶ É válido esse destaque por se encontrar nas doutrinas uma possibilidade da razão histórica da ampliação do bem jurídico, no terreno da filosofia do direito neokantiana, ser em função da tentativa de defesa do conceito em relação as pretensões subjetivistas dos autores sensíveis ao nacional-socialismo alemão. Esse período recebe críticas no sentido de que com o esvaziamento do conteúdo do bem jurídico, se deixaria de explicar o núcleo material do objeto de cada delito e se evitaria, dessa forma, questionamentos sobre a legitimidade das normas.

A bem verdade, o nacional-socialismo alemão, a partir de um princípio – entendimento – de *direito e ordem*, influenciou a vida social e a crença jurídica. Tal entendimento é possível de ser entendido como luta declara ao liberalismo do século XIX, de maneira a negar o valor pessoal e representar o fundamento do conceito de pessoa no âmbito nacional-socialista. Sob o ponto de vista jurídico, o regime nazista assegurou-se da sujeição dos soldados, por um lado, e dos juristas, de outro, fincando a bandeira de “as ordens são ordens”. Reconduzindo tal ideologia ao âmbito de análise jurídico-penal, observa-se a utilização política da teoria da lesão de dever como bandeira para superar barreiras do poder punitivo do Estado. Nessa esteira, importava menos na intervenção penal a clareza das normas jurídicas do que a ideia de uma justiça material, fundada no sentido do povo (*gesunden Volksempfinden*) ou, em outras palavras, no sentimento do povo como fonte de direito. Revela-se, portanto, a substituição do princípio *nullum crimen nula poena sine lege* pela retórica do *nullum crimen sine poena* – de cunho altamente moralista. Para mais detidos detalhes v. CATTANEO, Mario A. Carl Schmitt y Roland Freisler: la doctrina penal del nacional-socialismo (trad. por Nicolás García Rivas) In NIETO MARTÍN, Adán (coord.) *Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos in memoriam*. vol. 1. Cuenca: Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, 2001, pp. 150 e ss.

reforçadas, algo que mais tarde, no pós-Segunda Guerra, ficou designado como preocupação intensa dos esforços teóricos. Tencionava-se limitar o direito de punir, de maneira a fixar conteúdos que condicionassem a legitimidade das normas penais.

Assim, após a Segunda Guerra mundial, diante de todos os ocorridos provenientes do que pode ser chamado de irracionalismo autoritário, o Direito penal volta as atenções para a filosofia do direito, para o Direito natural e para o mundo dos valores, de maneira a superar o passado e reconstruir uma ideia de Estado de Direito.²³⁷ Ao contrário da noção de valores – culturais – capazes de analisar os delitos, que se perpetuava em momento anterior, Welzel passa a vislumbrar o Direito como realidade social e ação (conduta) como um processo dotado de sentido conferido pelo sujeito, o que a tornaria dependente do próprio juízo de tipicidade. Em suma, ele enxerga o injusto objetivo como algo pessoal, causando uma mudança na análise do sistema do delito.

O Autor afirmava que os valores do atuar conforme o Direito – a partir das formas valorativas materializadas em desvalor do resultado e desvalor da ação²³⁸ - derivados de uma consciência jurídica formariam o substrato ético-social positivo das normas penais. Dessa forma, na proteção dos valores jurídicos, o Direito penal acabaria por tutelar, por consequência, os bens jurídicos a eles referidos.²³⁹

Resta claro até aqui que havia um problema de onde se partia a ideia conceitual de bem jurídico – de forma ampla, como normativo ou como naturalístico. Algo que somado com outras características que vieram sendo acrescentadas ao bem jurídico torna a missão de conceituar bem jurídico como altamente complexa. Responder *o que é bem jurídico* é para muitos tarefa inalcançável e inalcançada pelos juristas.²⁴⁰

²³⁷ Cfr. FERNÁNDEZ, Gonzalo. *Bien jurídico y sistema del delito*: um ensayo de fundamentación dogmática. Buenos Aires: BdeF, 2004, p. 36.

²³⁸ Para mais detalhes v. WELZEL, Hans. *Derecho Penal*. Parte general (trad. por Carlos Fontán Balestra do original *Das deutsche Strafrecht*, 1954). 11ª ed. (4ª ed. castellana). Santiago do Chile: Editorial Jurídica de Chile, 1993, pp. 11 e ss.

²³⁹ Importante sinalizar que por entender que o Direito penal chega tarde demais para atingir eficazmente a função de proteção de bens jurídicos, Welzel sustentou a função primordial do Direito penal como sendo a da garantia ético-social positiva, de maneira que a proteção de bens jurídicos teria apenas um sentido preventivo negativo.

²⁴⁰ DIAS, Augusto Silva. “*Delicta in se*” e “*Delicta mere prohibita*”: uma análise das discontinuidades do ilícito penal moderno à luz da reconstrução de uma distinção clássica. Coimbra: Coimbra Editora, 2008, p. 648; Reafirmando e, inclusive, destacando algumas propostas conceituais da doutrina em geral, v. STRATENWERTH, Günther. Sobre o conceito de “bem jurídico”. In GRECO, Luís. TÓRTIMA, Fernanda Lara. *O Bem Jurídico como Limitação do Poder Estatal de Incriminar?* 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, pp. 130 e 131.

2.1. As críticas ao potencial descritivo

Do até aqui exposto, nos parece que os pressupostos da teoria do bem jurídico encontram dificuldades para explicar parte relevante do funcionamento do sistema jurídico-penal atual. A doutrina especializada coloca dúvidas se de fato o conceito de bem jurídico hoje ainda cumpre a tarefa que se propunha a fazer.²⁴¹

A regulação penal de bens coletivos – estruturada por meio de figuras como a dos crimes de perigo abstrato e das normas penais em branco – possui papel relevante nesse cenário, se se aceita tal regulação com alguma legitimidade, então os que antes procuravam explicar nossa realidade jurídica não conseguiriam fazer de forma adequada com base no chamado caráter imanente do conceito de bem jurídico. Afinal, a ideia de que todo delito tem por conteúdo necessário a lesão ou perigo de bens concretos e delimitados estaria perdendo cada vez mais força quando se fala em definições, abriu-se espaço para definições que englobam a proteção de bens coletivos, supraindividuais e difusos. Em suma, se está diante de conteúdos vagos e imprecisos.

Se pensarmos que da teoria do bem jurídico se projeta um potencial caráter imanente do conceito de bem jurídico teremos que nos debruçar sobre o motivo de não ser tarefa simples a de definir um conceito de bem jurídico. Acreditamos ser pelo atual estágio do funcionamento do sistema jurídico-penal. O caráter imanente do conceito de bem jurídico ser esvaziado, a nosso ver, pode ser explicado pelo enfraquecimento de algumas características da teoria do bem jurídico: a *primeira* é a de que o merecimento de pena dos objetos de proteção poderia ser determinado de maneira pré-positiva; a *segunda*, pela ideia de que seria necessário, para se falar em delito, a verificação de lesão ou colocação de lesão em perigo de determinado bem concreto; e a *terceira*, pousa na ideia de que todo bem jurídico poderia ser reconduzido ao usufruto do indivíduo.

Como vimos há pouco, as formulações da teoria do bem jurídico sustentaram que os bens dignos de proteção penal constituem um rol que apenas pode ser reconhecido pelo legislador, mas nunca criado pelo mesmo. Von Liszt quando entendeu bem como algo que deriva da natureza ou das necessidades da vida social, como algo não exclusivamente jurídico, mas sim um interesse vital que apenas é protegido pelo Direito, parece ter tentado

²⁴¹ Por todos HASSEMER, Winfried. Linhas gerais de uma teoria pessoal do bem jurídico. In GRECO, Luís. TÓRTIMA, Fernanda Lara. *O Bem Jurídico Como Limitação do Poder Estatal de Incriminar?* 2ª. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, p. 14.

fornecer um conteúdo material ao conceito de delito que não dependesse de valoração jurídica.

É evidente que essa definição que perpetuou em Welzel, ainda que através de outro caminho percorrido, parecia convincente em uma sociedade pouco diferenciada e que separava claramente Estado e sociedade civil – tipicamente do liberalismo –, no entanto, porém, numa sociedade plural e altamente complexa como a desenhada mais recentemente, onde se verifica o aumento da intervenção estatal, isso não parece tão claro.²⁴² Decisivo para isso, foi sem dúvidas a segunda metade do século XX, onde se aponta uma reestruturação da sociedade civil, sobretudo a reestruturação da relação entre Estado e sociedade. A expressiva expansão das demandas sociais e da universalização de diversos direitos sociais, somada – e aqui o que mais importante para nós – a uma tendência de política estatal mais interventiva. Dessa maneira, as transformações ocorridas exigiriam uma forte intervenção pelos riscos que surgiram.

Com o direito penal não foi diferente, sofreu significativas alterações em razão de um processo de complexificação social. O Estado passou a se mostrar como grande “criador” de bens jurídicos, criando proteções diversas como, por exemplo, a de salubridade das águas, de higidez do sistema financeiro, de qualidade de consumo²⁴³, etc., de maneira a se afastar do que pode ser chamado de “núcleo duro” do conceito tradicional de bem jurídico – como critério pré-positivo. Em suma, estar-se-ia diante de um afastamento entre aquilo que seria definido como rol prévio de bens jurídicos e aquilo que é protegido via punição penal.²⁴⁴ Pode-se dizer que a ideia de um conteúdo material para o conceito de delito, se fundada na lesão de bens pré-dados, não explica a atual proteção jurídico-penal formulada em termos de funções, bem como não torna claro o que lá atrás na origem do conceito de bem jurídico não parecia ser necessário falar, porém que hoje é preciso: a contingência dos objetos dignos de proteção penal.²⁴⁵

²⁴² Nesse contexto, Silva Sánchez indica que se tornaria excepcionalmente difícil sustentar uma argumentação fundada em estruturas imutáveis do ser, cfr. SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. *Aproximación al derecho penal contemporáneo*. Barcelona: Bosch, 1992, p. 67.

²⁴³ O surgimento de uma sociedade de consumo trouxe o desafio de se superar os defeitos dos produtos – geradores de perigo à saúde de um sem número de pessoas –, que mais tarde influenciou nos crimes contra os consumidores. De fato, as transformações sociais reconduziam, ironicamente, a um potencial destrutivo nos desenvolvimentos da época. É só pensarmos no processo de *Welfare* que gerava, por consequência, uma significativa degradação ambiental ou, então, de forma mais eloquente, o desastre de Chernobyl ocorrido em razão das buscas por fontes de energia. O bem-estar social incrementado pelo avanço das técnicas e das ciências era algo presente, contudo acarretavam em novos problemas – novos riscos – que reclamavam por uma regulação estatal.

²⁴⁴ Esse processo é comumente chamado de *desmaterialização do conceito de bem jurídico*.

²⁴⁵ FERNANDES, Paulo Silva. *Globalização, sociedade de risco e o futuro do direito penal*. Coimbra: Almedina, 2001, p. 84.

O déficit descritivo da teoria do bem jurídico, evidenciado pela contingência normativa que indica a não adoção de critérios pré-positivos para definição material do delito, parece também colocar em causa o critério da ofensividade – materializado no princípio da ofensividade²⁴⁶. Nesse segundo aspecto que parece enfraquecer a teoria do bem jurídico, parte-se da compreensão de que para se configurar crime é preciso lesão ou perigo de lesão em concreto de determinado bem jurídico. Para as incriminações como, por exemplo, a de homicídio, onde se tem o bem jurídico vida concretamente passível de ser lesionado ou posto em perigo concreto, não há que se discutir eventual inaplicabilidade do princípio da ofensividade, porém nos mais recentes tipos penais – vinculados à proteção de riscos difusos e interesses abstratos –, nos encontramos diante de um processo de sensível dificuldade de verificação do grau de lesividade da conduta individual ante o bem supraindividual²⁴⁷. A bom rigor, o que se vê como crítica nesse cenário dos interesses difusos, é que o conceito de delito como lesão de bem jurídico encontraria dificuldades em explicar o funcionamento de incriminações desse tipo,²⁴⁸ e como consectário lógico levaria a um sistema em que a violação de normas meramente comportamentais pudesse se tornar o foco de um setor relevante do Direito penal.²⁴⁹

O terceiro aspecto que apontamos aqui como característica da teoria do bem jurídico e que pode ser um complicador ao conceito imanente de bem jurídico foi o desenvolvimento de que todo bem jurídico poderia ser reconduzido ao usufruto do indivíduo. Pois bem, as formulações recentes da teoria do bem jurídico parecem que já tinham essa dificuldade

²⁴⁶ Para um maior conhecimento do princípio e algumas problemáticas v. GRECO, Luís. Princípio da ofensividade e crimes de perigo abstrato: uma introdução ao debate sobre o bem jurídico e as estruturas do delito. In *RBCCrin*, ano 12, n.º. 49, jul.-ago., 2004, pp. 89-147.

²⁴⁷ Decisivo para isso, pelo caráter difuso e abstrato, é, por exemplo, o meio ambiente ou, então, a saúde pública. Apenas de forma indireta – e, para muitos, de forma muito indireta – se consegue enxergar que uma conduta possa atingir o bem jurídico meio ambiente, ao menos da forma encontrada nos crimes de homicídio.

²⁴⁸ Esse cenário também apresenta outra característica que conduz para o que se chamou de “delitos de acumulação” (para mais detalhes sobre a ideia de acumulação v. HEFENDEHL, Roland. O bem jurídico como a pedra angular da norma penal. In GRECO, Luís. TÓRTIMA, Fernanda (Orgs.) *O Bem Jurídico como Limitação do Poder Estatal de Incriminar?*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, pp. 90-94, especialmente pp. 92 e 93). Isso porque encontrou-se na doutrina a defesa de que diante dessas dificuldades, o que se pune não é o dano da conduta, mas sim o risco de que diversos outros danos, provenientes de diversos atores, sem acumulados e, dessa maneira, possam destruir efetivamente bens inseridos nesse cenário. Se posicionando pela invalidade da incriminação e punição dos contributos acumulativos DIAS, Augusto Silva. What if everybody did it? sobre a (in)capacidade de “ressonância” do direito penal à figura da acumulação. In *RPCC*, n.º. 13, 2003, p. 303.

²⁴⁹ Parece ser altamente complexo e atual debater se o Direito penal deve ser autorizado a intervir sobre esse cenário dos novos fenômenos, vez que é um espaço onde a discussão não está assentada. Se partimos da premissa de que, em virtude das mudanças que há bom tempo ocorrem na nossa sociedade, onde foi decisivo pra isso o último século, devemos estar a favor da intervenção penal nesses relativamente novos setores, fica em aberto a questão do princípio da ofensividade (ele ainda teria capacidade explicativa crítica?).

pensada. Roxin abre o sistema jurídico-penal para os influxos da política-criminal baseadas em princípios constitucionais²⁵⁰, e um dos benefícios de tal construção acadêmica é o fato de tentar garantir ao conceito de delito um material, sem que fosse necessário o preenchimento de tal conteúdo por meio de fundamentos pré-jurídicos. Essa busca pela Constituição como ponto de apoio do conceito de bem jurídico faz sossegar, em certa medida, as dificuldades advindas da adoção de um rol predeterminado de bens passíveis de tutela penal²⁵¹, abrindo espaço para se entender um bem como algo não necessariamente pré-dado.²⁵²

O porém dessa perspectiva do modelo constitucional abrir espaço para novos conteúdos para o conceito de delito é que a concepção que mais possui representatividade é a concepção individualista de bem jurídico, algo que reconduz a avaliação acerca de uma legitimidade de uma criminalização vinculada ao filtro de uma proteção (ou não) da convivência pacífica entre os indivíduos, ou seja, os interesses protegidos pelo Direito penal ficariam adstritos, tão somente, à esfera dos indivíduos. De fato, se os bens forem vida ou propriedade não se vislumbrará tanta dificuldade, porém se contextualizarmos com o aumento dos riscos sociais e virada observada nas relações entre Estado e sociedade civil, tal concepção individualista da proteção penal fica passível de críticas.²⁵³ É o que acontece com o meio ambiente entendido como bem ou outros interesses que não podem ser entendidos a partir de uma concepção individualista.²⁵⁴ Aparece, assim, a ideia de que é fundamental também a garantia das instituições por meio das quais os homens se desenvolvem – v.g. o sistema financeiro, o meio ambiente, a saúde pública, etc -. Estar-se-ia diante da compreensão que os interesses humanos não precisam ser protegidos diretamente, podem - e devem - também ser protegidos de forma mediata.

²⁵⁰ Decisivo para isso é sua obra *Kriminalpolitik und Strafrechtssystem*, 1970. [Existe tradução da obra para o português: *Política Criminal e Sistema Jurídico Penal*. Rio de Janeiro: Renovar, 2012].

²⁵¹ PRADO, Luiz Regis. *Bem jurídico penal e Constituição*. *Ob. Cit.*, pp. 90-98. Afinal, se pensarmos com cuidado, as normas constitucionais por serem fruto do próprio processo de positivação, constituiriam um fundamento interno ao Direito, de maneira que preencheria a exigência de um conteúdo material para o conceito de delito em um contexto altamente diversificado.

²⁵² Cfr. ROXIN, Claus. ¿Es la protección de bienes jurídicos una finalidad del Derecho penal? In HEFENDEHL, Roland. Von HIRSCH, Andrew. WOHLERS, Wolfgang (Eds). *La Teoría del Bien Jurídico: ¿fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?* (trad.do original *Die Rechtsgutstheorie. Legitimationsbasis des Strafrechts oder dogmatisches Glasperlenspiel?*, 2003) Madrid: Marcial Pons, 2007, p. 448.

²⁵³ Para um raciocínio que leva para compreensão contrária a concepção individualista de bem jurídico v. HEFENDEHL, Roland. *O bem jurídico como a pedra angular da norma penal*. *Ob. Cit.*, *passim*.

²⁵⁴ A teoria individualista de bem jurídico ignoraria o fato de que, ainda que a liberdade do indivíduo seja um valor fundante dos ordenamentos jurídicos – do ocidente -, protege-la diretamente não seria a única forma de desenvolver a mesma.

Tal compreensão se amolda com a pretensão da teoria do bem jurídico que se verifica atualmente e contesta aqueles que defendem que os interesses supraindividuais sem relação direta com o livre desenvolvimento não deveriam ser constitucionais²⁵⁵. As sociedades atuais apresentam, de fato, necessidades de regulação onde as vítimas estão diluídas, algo que enseja a compreensão de que novos objetos tornam-se relevantes para o Direito penal, ao passo que ocorre também a existência de objetos antes importantes tornando-se, passo a passo, irrelevantes para a intervenção penal²⁵⁶.

É nesse sentido de dificuldade em se adequar uma proteção penal de contornos antigos na atuação de uma estrutura social da modernidade que Roxin – um claro defensor da teoria – individual - do bem jurídico – se manifesta na 4ª edição de seu Tratado²⁵⁷ que “*a proteção de bens jurídicos [no sentido que ele entende] não pode exclusivamente responder às necessidades da sociedade moderna, pois não é capaz de resolver todos os problemas que surgem do atual desenvolvimento econômico, técnico e industrial*”²⁵⁸.

Nesse cenário, a proteção penal entendida como legítima dos maus tratos aos animais – e aqui quando a legitimidade for fundamentada por via da proteção do meio ambiente ou pela via do reconhecimento de bens coletivos como expressão do sentimento de solidariedade entre as espécies – seria passível de ser argumentada como proteção que ultrapassaria a proteção de bens jurídicos. Contudo, focando somente no argumento do meio ambiente, ainda que possamos pensar que a existência de um meio ambiente é necessária para o convívio pacífico entre os indivíduos, temos a dificuldade em seguir, a bem da verdade, o raciocínio de que os seres humanos maculariam a sua coexistência pacífica caso lesionasse algumas espécies de plantas ou animais²⁵⁹.

2.2. A crise do seu potencial crítico

Como se pôde observar, os problemas conceituais em relação ao bem jurídico está longe de ser somente pauta de debates atuais. Trata-se de um dos conceitos fundamentais do

²⁵⁵ É o que se pode concluir da influência e confluência dos raciocínios em HASSEMER, Winfried. *Linhas gerais de uma teoria pessoal do bem jurídico*. Ob. Cit., 2016.

²⁵⁶ Podemos pensar nesse último aspecto, por exemplo, a descriminalização do aborto ou do porte de drogas para uso pessoal, que são figuras que parecem estar se tornando uma tendência.

²⁵⁷ Relativizando, portanto, o seu posicionamento anterior.

²⁵⁸ *Strafrecht*. Allgemeiner Teil. 4ª. ed. Munique: C. H. Beck, 2006, p. 29.

²⁵⁹ Em igual sentido GRECO. Luís. *Proteção de bens jurídicos e crueldade com animais*. In *Revista Liberdades*, nº. 3, jan.-abr., 2010, pp. 3 e ss.

Direito penal que se apresenta com vasta diversidade de definições e que para alguns são “especialmente não fundamentadas”²⁶⁰.

A dificuldade amplamente encontrada de conceituar bem jurídico – problema de definição e suas consequências -, não torna a questão, mais adiante enfrentada, dos maus tratos aos animais menos complexa. Como já dissemos, buscar um conceito uníssono acerca do bem jurídico é missão desacreditada pela doutrina²⁶¹, porém, não é a problemática conceitual que leva os penalistas ponderarem acerca do futuro da teoria do bem jurídico. O questionamento mais provocativo, já não tão recente, porém ainda em perfeita ebulição²⁶², é saber se a teoria pode de algum modo limitar o poder do legislador de incriminar um comportamento.

Sob advertência de que se abdicar, no momento atual das ciências penais, do potencial crítico da teoria que busca a proteção de bens jurídicos seria o mesmo que retroceder a tudo que até aqui se construiu na teoria penal, como se fosse um retrocesso “a um nível pré-ilustrado”²⁶³, a doutrina penalista, salvo as algumas vozes que já trouxemos nessa pesquisa – ao menos parte delas – acredita na manutenção da teoria do bem jurídico como postura crítica à legislação.

Se pensarmos no conceito positivista-legalista de bem jurídico, afirmador de que os bens X, Y e Z são merecedores de proteção via penal, além de destinar ao legislador a tarefa de atribuir como bem jurídico todo e qualquer interesse que ele decidir ser merecedor de proteção penal, faria com que se entendesse materialmente crime somente aquilo que o legislador considerar como tal. Se compreendermos que a resposta ao problema dos limites ao direito penal passa pela ferramenta jurídica conhecida como bem jurídico, é natural que se queira definir o que é bem jurídico, ou melhor, que se queira determinar um conceito de bem jurídico em que se consiga – de maneira satisfatória – enxergar que ocorreu lesão ou

²⁶⁰ Crítico ao conceito de bem jurídico, STRATENWERTH, Günther. Sobre o conceito de “bem jurídico”. In GRECO, Luís. TÓRTIMA, Fernanda Lara. *O Bem Jurídico como Limitação do Poder Estatal de Incriminar?* 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, p. 130.

²⁶¹ DIAS, Augusto Silva. “*Delicta in se*” e “*Delicta mere prohibita*”: uma análise das discontinuidades do ilícito penal moderno à luz da reconstrução de uma distinção clássica. Coimbra: Coimbra Editora, 2008, p. 648.

²⁶² Como observa ROXIN, Claus. Sobre o recente debate em torno do bem jurídico. In GRECO, Luís. TÓRTIMA, Fernanda Lara. *O bem jurídico como limitação do poder estatal de incriminar*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, p. 233.

²⁶³ Nesse sentido SCHÜNEMANN, Bernd. El principio de protección de bienes jurídicos como punto de fuga de los límites constitucionales de los tipos penales y de su interpretación. In HEFENDEHL, Roland. Von HIRSCH, Andrew. WOHLERS, Wolfgang (Eds). *La Teoría del Bien Jurídico: ¿fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?* (trad.do original *Die Rechtsgutstheorie. Legitimationsbasis des Strafrechts oder dogmatisches Glasperlenspiel?*, 2003) Madrid: Marcial Pons, 2007, p. 212 contrariando uma manifestação do Tribunal Constitucional alemão.

perigo de lesão ao mesmo. E o resultado dessa definição não deve ser a de que é tudo aquilo que o legislador considerar como bem jurídico.

Como já assinalado por von Liszt, aceitar essa postura conduziria a um aspecto absolutamente formal de delito, que, de fato, não parece passível de prosperar. Porém, discutir isso é mais correspondente com a questão de legitimação material do direito penal do que inserir no âmbito descritivo de bem jurídico.

Fato é que essa perspectiva positiva-legalista, em que o conceito de determinado fenômeno (jurídico) é absolutamente pautado somente por aquilo que o legislador entende como penalmente relevante, é inaceitável. Pode-se dizer que a “aleatoriedade do direito penal”²⁶⁴ fica bem exposta nesse aspecto puramente legalista. De fato, é difícil se afastar da ideia de que os quadros mentais e culturais que caracterizaram as sociedades do passado acabam por ser elementos que condicionam as opções do legislador²⁶⁵, da ideia de que o conteúdo do ilícito é (de alguma forma) determinado por questões culturais e históricas²⁶⁶, porém não se reduz a isso.

Contudo não acreditamos que aceitar essa realidade da “aleatoriedade do direito penal” seja um caminho elogiável²⁶⁷. Uma maneira de não concordar é recusar o conceito positivista-legalista de bem jurídico, por reconduzir o conceito de bem jurídico à vontade do legislador, o que sem dúvidas combina muito mais com um Estado de Direito formalista (totalitário). Se observamos com cuidado, inclusive, foi essa a preocupação dos autores alemães do pós-nazismo quando partiram para a perspectiva jusnaturalista.

Acreditou-se que bem jurídico só teria sentido – na compreensão de uma busca de um conceito material de crime - se fosse algo fora do direito penal legislado, algo num sentido de ser previamente dado ao legislador. Assim, o legislador teria indicativos para

²⁶⁴ MONTEIRO, Fernando. O direito penal como expressão de jogos de loteria ou uma reflexão epistemológica sobre a aleatoriedade neste ramo jurídico. In AA.VV. *Direito Penal: Fundamentos Dogmáticos e Políticos-Criminais*. Livro em Homenagem a Peter Hünerfeld. Coimbra: Coimbra Editora, 2013, pp. 597-598.

²⁶⁵ MONTEIRO, Fernando. O direito penal como expressão de jogos de loteria ou uma reflexão epistemológica sobre a aleatoriedade neste ramo jurídico. In AA.VV. *Direito Penal: Fundamentos Dogmáticos e Políticos-Criminais*. Livro em Homenagem a Peter Hünerfeld. Coimbra: Coimbra Editora, 2013, p. 597.

²⁶⁶ O direito penal como expressão de jogos de loteria ou uma reflexão epistemológica sobre a aleatoriedade neste ramo jurídico. In AA.VV. *Direito Penal: Fundamentos Dogmáticos e Políticos-Criminais*. Livro em Homenagem a Peter Hünerfeld. Coimbra: Coimbra Editora, 2013, p. 598. Essa influência de questões culturais e históricas no conteúdo do ilícito é, inclusive, utilizada como argumento decisório no julgamento *BVerfGE* 120 (de 26.02.2008, disponível em: www.bundesverfassungsgericht.de) que decidiu pela constitucionalidade do crime de incesto na Alemanha. Criticando essa influência histórica como argumento no julgamento do Tribunal Federal Constitucional alemão v. GRECO, Luís. Tem futuro a teoria do bem jurídico? Reflexões a partir da decisão do Tribunal Constitucional Alemão a respeito do crime de incesto (§ 173 *Strafgesetzbuch*). In *RBCC*, ano 18, n.º 82, jan.-fev./2010.

²⁶⁷ Coisa a qual, Fernando Monteiro, também parece não aceitar.

poder “dizer” o que deve ser criminalizado a partir da escolha de um bem jurídico e o que deve ser deixado equidistante do âmbito do direito penal.

A perspectiva jusnaturalista do conceito de bem jurídico parece ter sido a presumida por Birnbaum quando escreveu sobre a noção de bem jurídico. Também não nos parece que seja a compreensão de bem jurídico aceitável, pois em última análise reconduziria o mundo dos bens jurídicos-penais a algo sobrenatural e a valores imutáveis. É aceitável que a contingência do direito penal (embora deva ser minorada) é uma realidade. É nesse sentido que concordamos com a assertiva de Taipa de Carvalho, de que os “*valores só se revelam na evolução histórica do concreto existir humano*”²⁶⁸.

A concepção de bem jurídico que parece ser a mais aberta aos anseios sociais e capaz de cumprir a função do direito penal é a que começou a ser desenhada por Welzel lá nas primeiras décadas do século XX. O conceito welzeliano de bem jurídico como sendo os bens vitais da comunidade ou do indivíduo e que, por isso, é protegido juridicamente - muito imbuído pelos ideais jurídico-penais da sua época - alterou a ideia de bem jurídico que era vista até então. Buscou abandonar o caráter arbitrário da via criminalizadora e colocar parâmetros, a partir do cumprimento da função dúplice do direito penal²⁶⁹, capazes de proteger valores essenciais de uma sociedade.²⁷⁰ A partir de então, tencionava Welzel, que a definição de objetos passíveis de proteção – via criminalização – abandonaria um certo caráter arbitrário e passaria a respeitar pressupostos e condições referentes aos efeitos sociais de cada incriminação proposta.

Essa dimensão de sentido social da teoria do bem jurídico colocada em atenção por Welzel, cuja definição se mostrava *ampla*, é verdade, buscava alcançar diferentes formas de

²⁶⁸ *Direito Penal: Parte Geral. Questões Fundamentais. Teoria Geral do Crime*. 3ª. ed. Porto: Universidade Católica Editora, 2016, p. 58.

²⁶⁹ Hans Welzel entendia que o direito penal mais do que cumprir com a função de proteger bens jurídicos, deveria cumprir a função de fortalecimento de e confirmação de valores éticos-sociais. O finalismo welzeliano, como é sabido, foi ancorado na ideia de que a ação humana é o elemento básico da realidade social e, portanto, é da análise dela que se deve partir a compreensão da função do direito penal. O Autor acreditava que toda ação deveria ser vista sob dois aspectos: enquanto valor de ação e enquanto valor de resultado. A desvalorização da ação reconduziria para o que a norma penal quer fomentar como valor essencial (ético-social) de uma dada comunidade, enquanto o desvalor de resultado seria reconduzido à proteção de bens jurídicos; uma ação humana [conduta] desvalorada representaria uma violação aos valores sociais daquela sociedade e o um resultado desvalorado indicaria qual bem foi violado e, portanto, qual bem se pretendia proteger. Assim, um homicídio pode ser visto como a ação do homem que não merece ser valorada, pois violou um valor ético-social [consubstanciado na norma penal] e pode ser visto como um resultado desvalorado, pois efetivamente violou o bem jurídico ‘vida’. (*Derecho Penal Alemán*. Parte general (trad. por Juan Bustos Ramírez e Sérgio Yáñez Pérez do original *Das deutsche Strafrecht*, 1969). 11ª ed. (4ª ed. castellana). Santiago do Chile: Editorial Jurídica de Chile, 1993)

²⁷⁰ Para Welzel, era mais importante proteger valores éticos-sociais da sociedade do que proteger bens jurídicos. Em regra, quando o direito penal era chamado para cumprir a função secundária, é porque o bem (jurídico) já foi lesionado. Mais valia priorizar o desvalor da ação do que o desvalor do resultado.

bens, tais como objetos físicos (vida, por exemplo). O que parece ter sido visto como algo positivo por Welzel, não parece ter logrado êxito na busca por uma definição de conceito capaz de delimitar abstratamente qual norma protege e qual norma não protege bens jurídicos; seriam muitas as “coisas” que poderiam ser inseridas na significação social e que, conseqüentemente, demandariam uma proteção jurídica. Ainda mais se pensarmos no contexto da segunda metade do século XX, em que o Estado aumenta quantitativa e qualitativamente sua intervenção nas relações sociais, ficaria – como ficou – evidente a dificuldade de se determinar uma espécie de rol de bens dignos de tutela penal.

Restaria, portanto, nesse contexto, à teoria do bem jurídico uma espécie de modelo de *legitimidade negativa* – em que a teoria é usada para determinar quais os bens que *não* podem ser protegidos via crime.²⁷¹ Ao menos foi nessa perspectiva de determinação negativa na noção de bem jurídico que Roxin viu eficácia para o conteúdo do conceito de delito.

O destaque a Roxin é válido por, obviamente além da sua importância global na ciência jurídico-penal, tentar se enquadrar nessa definição conceitual as exigências contemporâneas da sociedade que, como já verificamos, foi alterada sobretudo no pós segunda guerra. O surgimento das Constituições escritas da metade final do século XX torna mais expressivo as proposições político-criminais nas ordens jurídicas democráticas, e é nessa atmosfera que Roxin, com a importância por caracterizar o que vai se chamando de “Constituição penal”²⁷²

Um conceito negativo faria com que tudo que vá além da função do Direito penal fosse considerado ilegítimo e, para Roxin, da função social do Direito penal.²⁷³ Apesar de partir de uma semelhante busca pela função social que Welzel partiu²⁷⁴, Roxin acredita num Direito penal capaz de assegurar aos cidadãos uma existência pacífica, livre e socialmente segura, desde que outras medidas sócio-políticas não alcancem tal propósito.²⁷⁵

²⁷¹ Cf. RUDOLPHI, Hans Joachim. Los diferentes aspectos del concepto de bien jurídico. In *Nuevo Pensamiento Penal*, n.º 5 a 8, 1975, p. 331.

²⁷² DIAS, Jorge de Figueiredo. O “Direito Penal do Bem Jurídico” como princípio jurídico-constitucional. In *XXV Anos de Jurisprudência Constitucional Portuguesa*. Coimbra: Coimbra Editora, 2009, p. 32.

²⁷³ ROXIN, Claus. Que comportamentos pode o Estado proibir sob a ameaça de pena? Sobre a legitimação das proibições penais. In *Estudos de direito penal*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 32.

²⁷⁴ Vale fazer nota aqui que o ponto de partida usado por Roxin é semelhante ao usado por Welzel: uma função social do Direito penal. Porém, com olhos mais atentos, perceberemos que Roxin, ao contrário de Welzel, não busca a chamada eticização dos cidadãos. Roxin não acredita que a pena deva auxiliar na imposição de valores, caso contrário o Estado estaria agindo como uma “instituição moral” e se assim o fosse teria como problema a questão do multiculturalismo (Cf. RUDOLPHI, Hans Joachim. Los diferentes aspectos del concepto de bien jurídico. In *Nuevo Pensamiento Penal*, n.º 5 a 8, 1975, p. 329.)

²⁷⁵ ROXIN, Claus. ¿Es la protección de bienes jurídicos una finalidad del Derecho penal? In HEFENDEHL, Roland (Org.) *La teoría del bien jurídico*. Madrid: Marcial Pons Ediciones, 2007, p. 446.

Estreito a um antropocentrismo, na visão de Roxin o indivíduo é colocado como parâmetro de definição de bem. Bem jurídico seria “*todo objeto legitimamente protegido sob tais condições*”²⁷⁶; seria “*toda realidade ou fim necessário a uma vida social livre e segura, que garanta os direitos humanos dos indivíduos ou ao funcionamento do sistema estatal erigido para tal objetivo*”²⁷⁷, sendo essa perspectiva reconduzida ao que se chama teoria individualista do bem jurídico. Os adeptos dessa perspectiva vão defender que todo bem jurídico deve fazer referência ao livre desenvolvimento do indivíduo.

Contudo, o conceito de Roxin como “toda realidade ou fim necessário a uma vida social livre e segura” pode ainda ser visto como amplo, o que, inclusive, acreditamos fazer parte da intenção quando se adota um modelo de legitimidade negativa – limitar em apontar interesses que não poderiam ser tido como bens jurídicos. Nisso também se critica: se poderia questionar, então, quais seriam os interesses em que, *claramente*, não se poderia falar em bem jurídico? Porém, esse é assunto para outro espaço de pesquisa.

O que nos interessa, nesse momento, é que ao contrário de Birnbaum ou von Liszt, Roxin não trabalha com a ideia de bem com conteúdo pré-jurídico; enxerga bem como algo *não necessariamente* pré-dado, basta pensarmos no “(...) *fim necessário a uma vida social livre e segura*”²⁷⁸ do conceito que pretende. Isso nada mais é do que entender que finalidades podem também constituir bens jurídicos, e, inclusive, assim se manifesta²⁷⁹. Roxin não define o que seja bem jurídico-penal, mas cria um conceito material de crime na medida em que fornece critérios para a exclusão daquilo que inadmite como tal. Nessa medida, estaria presente um ganho descritivo que pudesse, assim, considerar as atuais práticas jurídico-penais.

O modelo teórico de Roxin é crítico, no sentido de que o conceito de bem jurídico não é deduzido da atividade do legislador, mas, pelo contrário, submete-o a avaliação e análise da ordem constitucional. Percebemos de plano que a ideia subjaz é tornar o legislador penal ordinário um intérprete confluyente com o legislador constitucional, devendo, portanto,

²⁷⁶ ROXIN, Claus. ¿Es la protección de bienes jurídicos una finalidad del Derecho penal? In HEFENDEHL, Roland (Org.) *La teoría del bien jurídico*. Madrid: Marcial Pons Ediciones, 2007, p. 447.

²⁷⁷ ROXIN, Claus. ¿Es la protección de bienes jurídicos una finalidad del Derecho penal? In HEFENDEHL, Roland (Org.) *La teoría del bien jurídico*. Madrid: Marcial Pons Ediciones, 2007, p. 448.

²⁷⁸ (OBRA DELE DE PARTE GERAL, p. 16).

²⁷⁹ Quando diz que “a distinção entre realidades e fins aponta que os bens jurídicos não necessariamente vêm de dados ao legislador, como ocorre, por exemplo, com a vida humana; pelo contrário, também pode ocorrer que sejam criadas por ele como sucede, por exemplo, no caso da proteção da ordem tributária” (ROXIN, Claus. ¿Es la protección de bienes jurídicos una finalidad del Derecho penal? In HEFENDEHL, Roland (Org.) *La teoría del bien jurídico*. Madrid: Marcial Pons Ediciones, 2007, p. 448).

existir uma simbiose entre o que se torna importante – a nível de tutela estatal – para a Constituição e o bem jurídico-penal.²⁸⁰

Vencido esse pressuposto conceitual, nos encontramos no pleno domínio do *approach* que a partir daqui será considerado. Há pouco quando introduzimos o tema da criminalização dos maus tratos aos animais acabamos por desembocar no questionamento se é ou não possível afirmar que existe limite ao legislador no seu poder de incriminar? Ou, em outros termos, quando é necessário a intervenção do Direito penal? Indubitavelmente, buscar essas respostas tem sido uma das inquietudes dos penalistas. Também há pouco, em linhas introdutórias, foi possível verificar que um setor importante da doutrina responde afirmativamente a esse questionamento, com a ideia de proteção de bens jurídicos figurando como ferramenta possível na verificação de tal existência de limites ao legislador em declarar – criar – como puníveis determinados comportamentos.²⁸¹

Aqui está se discutindo o rendimento do chamado conceito de bem jurídico crítico à legislação. Em que pese a teoria do bem jurídico não ter sido desenvolvida com esse propósito limitante ao poder de punir estatal²⁸², buscou-se mais tarde essa capacidade de rendimento da teoria. Essa capacidade é um fim preconizado pelo moderno conceito de bem jurídico, qual seja, o conceito de bem jurídico crítico à legislação.²⁸³

Definitivamente a complexificação social verificada com o advento de um Estado interventor e a queda do modelo liberal de organização social apresentou novos riscos – para o Direito penal, apresentou figuras como bens jurídicos supraindividuais, como os crimes de perigo abstrato, as normas penais em branco, os delitos de tentativa, etc. – e, para a teoria do bem jurídico, apresentou algum abalo nos pilares fundamentais. As situações de garantir a

²⁸⁰ PALMA, Maria Fernanda. *Direito Constitucional Penal*. Coimbra: Almedina, 2011, (esp. pp. 114 e ss.); DIAS, Augusto Silva. A saúde humana como bem jurídico-penal e os crimes contra a saúde no direito português. In *Anatomia do Crime*, n.º 1, jan.-jun., 2015, pp. 116 e 117; Por fim, reconhecendo essa perspectiva em solo doutrinal português, CUNHA, Paulo Ferreira da. *Ultima Ratio*. Uma revisão filosófico-constitucional da ciência do direito penal. In AA.VV. *Direito Penal: Fundamentos Dogmáticos e Políticos-Criminais*. Livro em Homenagem a Peter Hünerfeld. Coimbra: Coimbra Editora, 2013, p. 149 (e mais detalhado: pp. 149 e ss).

²⁸¹ Defendendo a teoria do bem jurídico como ferramenta capaz de limitar o legislador, na doutrina portuguesa: DIAS, Augusto Silva. “*Delicta in se*” e “*Delicta mere prohibita*”: Uma Análise das Descontinuidades do Ilícito Penal Moderno à luz da Reconstrução de Uma Distinção Clássica. Coimbra: Coimbra Editora, 2009; DIAS, Figueiredo. O comportamento criminal e sua definição: conceito material de crime. In *Questões fundamentais de Direito Penal revisitadas*, 1999, pp. 51 e ss; ANDRADE, Manuel da Costa. *Consentimento e acordo em Direito penal*. Coimbra: Coimbra Editora, 1991, pp. 42 e ss. Na doutrina estrangeira, mas em língua portuguesa: ROXIN, Claus. Que comportamentos pode o Estado proibir sob ameaça de pena? Sobre a legitimação das proibições penais (trad. por Luís Greco). In *Estudos de Direito Penal*. Rio de Janeiro, 2006, pp. 31 e ss.

²⁸² ROXIN, Claus. Sobre o recente debate em torno do bem jurídico. In GRECO, Luís. TÓRTIMA, Fernanda Lara (orgs.) *O bem jurídico como limitação do poder estatal de incriminar?*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, pp. 238-239.

²⁸³ *Idem*. *Ibidem*, pp. 238-239.

proteção perante e em nome do Estado relativiza o pilar de que faz referência à máxima liberdade dos indivíduos; a proteção de riscos difusos evidenciaria mudanças dos conteúdos das normas penais, com a consequente contingência das mesmas e a dificuldade em sustentar um conceito de crime fundado em um rol pré positivo de bens; e, ainda, em função da criação de delitos de perigo abstrato e de mera conduta evidencia, indubitavelmente, um apelo do Direito penal contemporâneo, algo que leva o princípio da ofensividade a uma certa crise – e que se pensarmos com cuidado, pode em muito influenciar no tema objeto dessa pesquisa.

Esse quadro nos permite o enquadramento do *déficit crítico* postulado nas doutrinas sobre a teoria do bem jurídico. Já nos detemos em linha anteriores que o objetivo das normas penais seria garantir a proteção de determinado estado de coisas, caracterizado pela intangibilidade de bens tidos como socialmente relevantes. Aceitando isso, resta ao debate de como impedir que esse objetivo seja usado de modo abusivo por quem detém o poder para alcançar. O debate diante do que se acompanha nas características do Direito penal contemporâneo coloca a ideia de proteção de bem jurídico por muitas vezes passando de uma ideia de proibição de penalização para um comando de penalização.

A afirmação outrora tão afirmada entre os penalistas de que o conceito de bem jurídico serviria como limite do poder punitivo, vem perdendo espaço e, inclusive, alavancando que a proteção de bens contra danos e perigos poderá estar servindo à função inversa da crítica²⁸⁴. De fato, não há como se negar que a função do Direito penal nos termos de que a sociedade é um amontoado de bens que carecem de proteção e que a característica moderna do Direito penal – essencialmente postulada na ideia de expansão penal, em que pese não ser só na criação de tipos legais de riscos mas também na reconfiguração de crimes já conhecidos do ordenamento – levam a um certo descompasso entre os objetivos declarados e prática atual da regulação penal.

Todas essas características apontam para um complicador ao conceito imanente de bem jurídico – aquele que se preocupa meramente em identificar e catalogar os bens jurídicos que o legislador atribui aos tipos penais –, e se contextualizarmos com os maus tratos aos animais, teríamos que afirmar que os animais consistiriam em bens autônomos. É um bom

²⁸⁴ Apesar de ser um defensor do conceito de bem jurídico HASSEMER, Winfried. Linhas gerais de uma teoria pessoal do bem jurídico. In GRECO, Luís. TÓRTIMA, Fernanda Lara. *O Bem Jurídico Como Limitação do Poder Estatal de Incriminar?* 2ª. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, pp. 14 e ss, vem admitindo tal perspectiva.

exemplo para entender que com esse conceito a pretensão crítica é colocada em causa²⁸⁵, e que, talvez, o melhor seja buscar um conceito transcendente ao sistema, que é disputado por duas vertentes na busca de elaborar critérios para a postulação de bens jurídicos capazes de se contrapor ao legislador excessivamente punitivista: as vertentes pessoal e a dualista. A vertente pessoal sustentará que para se manter o lado crítico do conceito de bem jurídico, deve-se restringir tal conceito àquilo que se reconduzirá aos interesses fundamentais para a realização pessoal dos indivíduos²⁸⁶ - se pensarmos nos animais, esses seriam, então, pertencentes ao indivíduo -, ao passo que a vertente dualista caminhará na explicação da existência de bens jurídicos individuais e coletivos.

Nessa toada a ideia de que o conteúdo material do conceito de delito deve ser retirado de um rol pré-jurídico, pois seria difícil de se sustentar algo assim nas sociedades complexas, é que ganhou espaço a tese de o conceito de bem jurídico deve se ancorar em preceitos constitucionais.²⁸⁷ Dessa forma, garantir-se-ia um caráter transcendente ao conceito de bem jurídico ao preencher seu conteúdo com elementos internos ao próprio Direito. A Constituição faria o papel de guardar as decisões valorativas fundamentais para a elaboração de um conceito de bem jurídico crítico à legislação, fazendo com que apenas pudesse ser objeto de punição penal comportamentos que lesionassem – lesão ou perigo de lesão – as orientações valorativas da ordem constitucional.²⁸⁸

Parece, contudo, evidente que se partirmos de Constituições – que, a bem da verdade, são características das criadas nas últimas décadas do século XX – imprecisas e com valores abertos, essa perspectiva cria raízes em terrenos não tão sólidos. Entretanto, o caminho foi de que uma certa ancoragem constitucional auxiliaria como forte elemento limitador do poder punitivo – ao menos no sentido de se estabelecer uma base mínima e inviolável para o exercício do *ius puniendi*.

²⁸⁵ Cfr. se extrai dos pensamentos de HASSEMER, Winfried. Linhas gerais de uma teoria pessoal do bem jurídico. In GRECO, Luís. TÓRTIMA, Fernanda Lara. *O Bem Jurídico Como Limitação do Poder Estatal de Incriminar?* 2ª. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, p. 15.

²⁸⁶ GRECO, Luís. Princípio da Ofensividade e Crimes de Perigo Abstrato – uma introdução ao debate sobre o bem jurídico e as estruturas do delito. In *RBCCrim*, ano 12, nº. 49, 2004, pp. 101 e ss

²⁸⁷ RUDOLPHI, Hans Joachim. Los diferentes aspectos del concepto de bien jurídico. In *Nuevo Pensamiento Penal*, n.º 5-8, 1975, pp. 338 ss.

²⁸⁸ *Idem. Ibidem*, p. 341.

3. A POSTURA LIBERAL DA CIÊNCIA DO DIREITO PENAL

Até aqui tivemos a oportunidade de analisar uma das dificuldades no estabelecimento do conceito de bem jurídico, atravessando a sua origem – intra ou extra-normativa –, passando pelo rendimento crítico. Já é possível tocarmos num outro ponto que o ilícito típico de maus tratos aos animais nos permite enfrentar.

Anteriormente foi mencionado nessa pesquisa a utilização do argumento de que a punição da conduta de maus tratos é exemplo da afirmação de que o direito penal pune, sim, condutas, meramente imorais. Porém, dessa aparentemente simples afirmação nasce a necessidade de se analisar uma característica do direito penal já há muito afirmada. Vejamos.

A assertiva de que o direito penal - através de seus princípios - rege as normas do Estado democrático de Direito, buscando um efetivo equilíbrio entre a manutenção da proteção de interesses fundamentais da sociedade e o máximo de liberdade dos cidadãos, abre um espectro de análises jurídico-penal, sobretudo no que tange ao princípio da proporcionalidade. Porém não é nesse princípio que queremos dar foco. A compreensão de proteção e máximo de liberdade mostra muito de uma das características da ciência penal que conhecemos atualmente. E é por esse caminho que se quer partir nessa pesquisa para enquadrar a temática dos maus tratos aos animais no discurso do direito penal liberal.

No capítulo I, pôde-se observar que o Iluminismo foi importante na forma de como se via os animais ou, melhor dizendo, como se via a relação ser humano e animal não humano. Porém, não foi somente nesse âmbito que o Iluminismo influenciou. Tem-se no Iluminismo princípios de política ligados ao que ficou conhecido como liberalismo²⁸⁹.

O liberalismo – movimento iniciado na Europa no século XVI e estabilizado como prática política no século XVII²⁹⁰ – após a queda do comunismo, foi lentamente propagado até passar a ser considerado ideologia dominante no ocidente. O século XVIII já tinha incutido em seu pensamento na Europa o ideal de Estado de Direito elaborado pelo

²⁸⁹ Na vertente do *liberalismo político* capitaneado por John Locke a clara finalidade é de propor o poder legislativo como o verdadeiro poder do Estado e tornar esse capaz de proteger direitos do homem e, assim, ser limitado em seu poder.

²⁹⁰ BOBBIO, Norberto. *Liberalismo e Democracia* (trad. por Marco Aurélio Nogueira do original *Liberalismo e democrazia*, 2006). São Paulo: Edipro, 2017, p. 17. Interessante notar que tal movimento político passou por fluxos e contra fluxos no ocidente. Se pensarmos na década de trinta do século XX, com os governos fascistas aliados do Reich, veremos que a liberdade subjaz ao movimento do liberalismo estava derrotada, talvez presente no povo britânico que defendia a liberdade “*não somente para si, mas para todos*” (*Idem. Ibidem*, p. 19). Pouco depois, com a política staliniana, se colocou em causa novamente a liberdade como fundo ideológico, todavia no com o caminhar particular de cada Estado – Inglaterra, França, Itália etc – se chega na aceitação da acepção do liberalismo como aquele capaz de limitar poderes e funções do Estado, contrapondo-se ao Estado Absoluto.

Iluminismo jurídico, onde se defendia a primazia do Direito frente aos abusos do poder do chamado Antigo Regime.²⁹¹ Nasce, dessa forma, a primeira fórmula de Estado nesse contexto, o Estado Liberal de Direito. Tem-se no Iluminismo, é certo, os princípios de política ligados ao liberalismo^{292, 293}

O modelo liberal partiu de uma ideia de concepção negativa da ideia de liberdade²⁹⁴. Nessa linha, a linguagem de direitos individuais e liberdade tornou-se presente no discurso das democracias mais modernas. Numa acepção mais moderna – que é a que nos interessa – o liberalismo tem como tese central a de que o governo deve ser neutro nos debates sobre a vida dos indivíduos.²⁹⁵ O princípio organizativo no âmbito liberal é, dessa forma, o de *neutralidade* estatal.

Resta, portanto, na acepção do Direito penal, a ideia de que o Estado apenas estaria legitimado a interferir sobre as liberdades individuais – de forma utilitarista -, assim, em outras palavras, interferir para a manutenção da ordem em face de eventuais vulnerações de regras básicas da convivência.²⁹⁶ Ao Direito penal restava a função de proteção da sociedade por meio da prevenção de delitos – cuja essência se resumia em dano social.

Tem-se essa perspectiva como conquista do Iluminismo sobre o modelo absolutista e que, sem dúvidas, deu ao sistema penal a evolução necessária no sentido de abandonar a utilização ilimitada do Direito penal²⁹⁷, algo que se encontra na essência do Direito penal contemporâneo.

²⁹¹ Cfr. CARVALHO, Américo Taipa de. *Direito Penal*. Parte Geral. Questões Fundamentais. Teoria do Crime. 3ª. ed. Porto: Universidade Católica Editora, 2016, p. 42.

²⁹² Na vertente do liberalismo político capitaneado por John Locke a clara finalidade é de propor o poder legislativo como o verdadeiro poder do Estado e tornar esse capaz de proteger direitos do homem e, assim, ser limitado em seu poder.

²⁹³ Cfr. TORRÃO, Fernando. Os novos campos de aplicação do direito penal e o paradigma da mínima intervenção (perspectiva multidisciplinar). In *Liber Discipulorum para Jorge de Figueiredo Dias*. Coimbra: Coimbra Editora, 2003, pp. 337 e 338.

²⁹⁴ O modelo liberal sustenta-se a partir de uma filosofia individualista onde o cidadão é colocado no centro da sociedade, de forma que seus direitos fundamentais – vida, integridade física, liberdade de expressão e propriedade - sejam garantidos. Trata-se, portanto, de uma concepção negativa da ideia de liberdade. Direitos esses que foram incorporados, mais tarde, a outros que objetivavam a promoção de participação no governo da sociedade e do Estado – o de sufrágio é um importante exemplo desses outros direitos.

²⁹⁵ A liberdade individual como ausência de coação, reclamaria ao Estado a não ingerência no âmbito de autonomia do cidadão. Entende-se a liberdade, nesse perspectiva, como o foco central no âmbito liberal, seu valor fica adstrito à exaltação do indivíduo e de sua personalidade, fazendo com que quanto menos presente o Estado nos atos da vida social maior a esfera de liberdade outorgada ao cidadão.

²⁹⁶ MIR PUIG, Santiago. *El derecho penal en el estado social y democrático de derecho*. Barcelona: Editorial Ariel, 1994, pp. 30 e ss.

²⁹⁷ Na época visto meramente como castigo ou expiação do agente, sem nenhum sentido de utilidade social.

Contudo, as bases edificadas do Estado liberal não ficaram livres de críticas²⁹⁸, razão que fez surgir como conveniente a ideia de Estado Social de Direito. No início do século XX a figura do Estado Social aparece como tentativa de superar algumas barreiras que separavam o Estado e a sociedade. Trata-se de um novo modelo sociopolítico que visa uma orientação mais social e menos de exceção sob o ponto de vista do individualismo.²⁹⁹ Esse modelo traz significativas mudanças na interação entre Estado e sociedade, pois torna a ideia de Estado como árbitro imparcial esquecida, passa a ser um Estado intervencionista.³⁰⁰ Em suma, avança-se da proteção da sociedade frente ao Estado à proteção da sociedade por meio da ação do Estado.

Aos anteriores direitos civis e políticos do Estado Liberal são acrescidos os direitos econômicos, sociais e culturais, materializados nas exigências de bem-estar geral. Esse acréscimo é apontado como fator positivo do modelo estatal social, porém, como era de se esperar, sofre críticas no âmbito do excessivo intervencionismo.³⁰¹

No âmbito jurídico-penal, pôde-se coletar dois enfoques direcionados na valoração desse aspecto de priorizar essa orientação mais social, em outras palavras, na valoração dos interesses coletivos. O primeiro que conseguimos verificar foi o de contemplar esses interesses desde o ponto de vista de sua importância para o sistema social, enquanto o outro enfoque seria a correspondência da valoração desses interesses em função da repercussão nos indivíduos. Ao que parece, o Estado Social adotou, de forma autoritária, o primeiro enfoque, ou seja, subordinou o indivíduo ao todo social.

Dessa forma, a construção do Direito penal ficou em diversos ordenamentos mais preocupada com a própria eficácia do que em servir os cidadãos,³⁰² o que contribui para as críticas aumentarem em relação ao Estado de modelo social e, especificamente, à perda da

²⁹⁸ Para detalhadas críticas v. BONAVIDES, Paulo. *Do Estado Liberal ao Estado Social*. 6ª. ed. São Paulo: Malheiros, 1996, pp. 188 e ss.

²⁹⁹ MIR PUIG, Santiago. *El derecho penal en el estado social y democrático de derecho*. Barcelona: Editorial Ariel, 1994, p. 32.

³⁰⁰ MIR PUIG, Santiago. *El derecho penal en el estado social y democrático de derecho*. Barcelona: Editorial Ariel, 1994, pp. 32 e ss. Isso não quer dizer que o novo modelo estatal esqueça os valores básicos do Estado liberal, ao contrário, são reafirmados a liberdade, a segurança jurídica e participação dos cidadãos na formação da vontade geral, porém entendeu-se que esses valores deveriam ser efetivos, dando-lhes conteúdo material a partir da premissa de que o indivíduo e a sociedade não representam categorias contraditórias.

³⁰¹ Não há como não citar o regime nacional-socialista como exemplo – evidentemente negativo – do uso equivocado que se pode fazer da interpretação dos princípios do Estado Social. A partir do uso impróprio da bandeira de segurança e paz social levantada por tal regime se observou consequências desumanas, evidenciando que as prestações sociais podem servir como instrumento de legitimação de regimes autoritários.

³⁰² Nesse sentido, MIR PUIG, Santiago. *El derecho penal en el estado social y democrático de derecho*. Barcelona: Editorial Ariel, 1994, p. 37. O autor adverte que a pena funcionou como arma do Estado em relação a sociedade, mudando sua eficácia para um terror penal, a partir do abandono dos limites exigidos diante das minorias e, principalmente, do próprio indivíduo. (*Idem. Ibidem*).

liberdade individual.³⁰³ A dependência dos cidadãos aos atos do Estado fizeram com que se pensasse em um novo modelo estatal.

As dificuldades encontradas no modelo social de Estado, embora algumas características não seriam abandonadas – nomeadamente, as condições sociais - reclamam uma busca por uma nova concepção de Estado. Essa ideia é materializada em um novo contexto estatal em que esse deveria criar condições sociais capazes de favorecer efetivamente o desenvolvimento de seus cidadãos, mas sem deixar de submeter o poder estatal a limites jurídicos. E esses limites vieram pela via democrática.

O modelo que seguia seria o de Estado Democrático de Direito, cujo a ressaltada necessidade de impor limites ao poder do Estado se manteve próxima a raiz da ideia liberal, porém sem deixar de buscar atribuição no Estado na função de resolução de problemas sociais.³⁰⁴ Ao Estado Democrático de Direito foi dada a missão de trabalhar com as antinomias – fruto do necessário respeito aos diferentes grupos sociais aos próprios indivíduos – a partir da matéria de Direitos fundamentais e do método de sopesar os interesses em conflitos.

Assim, no contexto de um Estado Democrático de Direito de cunho personalista, o Direito penal, como uma das formas de controle social, é subordinado – através da política criminal – aos valores que conformam todos os outros meios de subsistemas de controle, o que impede que se atribua à intervenção penal objetivos não reais. Nessa linha, o Direito penal se legitima *democraticamente* quando se volta à proteção da sociedade e, em última análise, à proteção dos interesses dos indivíduos que compõe essa mesma sociedade. Restando sua justificação apenas na medida de sua necessidade – para o fim de evitar delitos -, dando azo ao princípio da intervenção mínima – que se desdobra nas vertentes da subsidiariedade e da fragmentariedade.³⁰⁵

É natural que, em função da própria essência do Estado Democrático de Direito, o Direito penal encontre novos âmbitos de aplicação – sobretudo quando se pensa na esfera coletiva – condizentes com o desenvolvimento social. É justificável. Porém, isso não quer

³⁰³ Outras críticas contextualizadas com o panorama político dos anos 70 do século XX voltaram-se à tensão entre a função de promover os benefícios empresariais e a de aumentar o gasto social destinado a políticas de bem-estar – fruto, talvez, do outrora benefício dos cidadãos com o desenvolvimento efetivo através do *Welfare State* e a multiplicação das funções públicas nos âmbitos econômico e social -; ao aumento do autoritarismo estatal.

³⁰⁴ MIR PUIG, Santiago. *El derecho penal en el estado social y democrático de derecho*. Ob. Cit., pp. 164 e 165.

³⁰⁵ MUÑOZ CONDE, Francisco. *Introducción al Derecho Penal*. Barcelona: Bosch, 1975, pp. 59 e ss.

dizer que se tenha que abdicar dos princípios fundamentais decorrentes do modelo político-social democrático, onde se destaca – nesse contexto – o caráter subsidiário. O receio fica em ser a intervenção penal o primeiro plano para abarcar – ou solucionar – grande parte das novas necessidades sociais. Caberia nesse contexto – embora esse raciocínio sirva para grande parte dos bens coletivos - perguntar se a proteção animal – especificamente do bem-estar desses – seria alcançada por meio da intervenção penal, sob pena de não se buscar mais, através de tal intervenção, a realização da justiça – a exigir a proteção completa de bens jurídicos – mas sim a defesa da sociedade. Careceria de saber se a reação penal é a mais correta frente os outros meios de controle.

É nessa linha que o Estado Democrático de Direito consegue compatibilizar a intervenção mínima com a concepção dominante do Estado intervencionista que atue no bem-estar social, sem deixar de criar condições sociais que favoreçam efetivamente o desenvolvimento de seus cidadãos.

Só parece fazer sentido discutir os limites morais do direito penal quando se contextualiza com um Estado Democrático de Direito fundado nas liberdades individuais³⁰⁶. Se pensarmos, como outrora, num Estado totalitário, não haveria que se falar na busca de limites. O que buscamos é uma legislação penal restrita, de forma a ter o seu moderado como forma de controle social.

Tomando como certa a postura do liberal como aquele indivíduo capaz de não se identificar com grupo específico de doutrina política, econômica ou social, agindo, assim, conforme sua própria consciência, de maneira a aceitar os valores e opiniões alheias³⁰⁷, é possível compreender o liberalismo como doutrina de respeito à autonomia individual. Na esteira desse raciocínio, o *legal liberalism* pode ser a orientação para o processo de criminalização de condutas tidas como efetivamente lesivas a interesses alheios.

Em suma, para fins da nossa investigação, o liberal compreenderá o Direito penal como instrumento hábil a ser usado em casos extremos, enquanto o moralista defenderá um maior alcance das proibições. Não por outro motivo os moralistas utilizam o delito de maus tratos aos animais para afirmar que o Direito penal pune condutas que, ao contrário do que é defendido pelos penalistas desde Feuerbach, que não protegem direitos ou interesses humanos e, portanto, pune meras imoralidades.

³⁰⁶ E, sobretudo, na dignidade da pessoa humana.

³⁰⁷ GLAUS, Gerald. Liberalism. In *Stanford Encyclopedia of Philosophy*. Disponível em <http://plato.stanford.edu/entries/liberalism/>.

Nesse diapasão, quando se enfrenta tais posturas na análise da criminalização da conduta de maus tratos aos animais, têm-se os moralistas defendendo tal criminalização como forma de demonstrar que o Direito penal não está livre das chamadas punições de meras imoralidades.³⁰⁸ Para uma melhor compreensão dessa afirmação é preciso avançar no terreno da análise da possibilidade ou não de se atribuir ao Direito penal a tarefa de manutenção de convicções morais.

3.1. A tradição liberal

Não resta dúvida que o conhecido Direito penal clássico foi modelo idealizado pelos penalistas do Iluminismo, cujas características facilmente identificadas seriam, de forma ampla, o individualismo, a legalidade estrita, o *liberalismo* e, sobretudo, o predomínio dos bens jurídicos – ou direitos subjetivos³⁰⁹.

A teoria da criminalização teve na sua história um grande debate doutrinário onde se opunham as teses do liberalismo vs. moralismo legal (Hart vs. Devlin). No contexto da criminalização, o liberalismo jurídico propaga a visão segundo a qual a única razão moralmente legítima para a proibição criminal de condutas é a prevenção de lesões ou ofensas a pessoas alheias ao próprio agente e incapaz de consentir. De outro modo, o moralismo legal prega que por vezes é possível a legitimação de criminalização de condutas para prevenir ações simplesmente porque as condutas são imorais por si mesmas, independentemente de causar lesões ou ofensas não consentidas a terceira pessoa.

Dessa forma, se admitido uma espécie de princípio da moralidade, o Estado poderia e deveria intervir na liberdade das pessoas quando sua conduta fosse considerada imoral, mesmo não ocorrendo efetiva lesão de um interesse. É nessa linha, por exemplo, que Gerald Dworkin aduz que a finalidade das proibições é prevenir comportamentos inerentemente imorais, embora não lesivos.³¹⁰

De outro modo, a doutrina do liberalismo invoca a proteção *substancial* da liberdade individual, abraçando diversos segmentos onde a liberdade atua, que vão da liberdade de expressão até a sexual (que por sinal guarda muitos debates e avanços nas últimas décadas). Tais liberdades não podem ter a intromissão do Estado, salvo para proteger o indivíduo de

³⁰⁸ Cfr. GRECO, Luís. *Proteção de Bens jurídicos e Crueldade com os animais*. Ob. Cit., p. 48.

³⁰⁹ Aqui desenhado por Feuerbach.

³¹⁰ Moral Paternalism. In *Law and Philosophy*, vol. 24, n.º. 3, 2005, p. 305.

lesões provocadas por outros³¹¹, o que se coaduna perfeitamente se pensarmos na ideia de proteção de bens jurídicos como capaz de cumprir com essa missão liberal. Conforme já visto no presente estudo, a tradição jurídica caminha há séculos no aceite do liberalismo jurídico-penal, segundo o qual a imoralidade de um comportamento não é, *por si só*³¹², uma razão para puni-lo, pois faltaria a proteção de direitos ou interesses do ser humano individualmente falando.³¹³

3.2. Moralismo jurídico-penal: na questão dos maus tratos aos animais

Pode-se dizer que ressurgiu na atualidade a discussão específica sobre a capacidade delimitadora da ideia de bem jurídico diferenciar Direito e moral. Embora, é verdade, seja antigo, o debate sobre a relação entre Direito e moral é sempre retomado na ciência do Direito penal e na filosófica³¹⁴. Trata-se de relação umbilical e, sobretudo complexa.

Ao menos desde do século XVIII já se trava importantes reflexões nesse ambiente. Para o jurista moderno - de cultura jurídica positivista – a relação entre esses dois campos deve se dar pela via da separação³¹⁵, o que gera a compreensão de que a moral cuida de assuntos importantíssimos nas relações entre os homens, enquanto o direito destina regras para matérias específicas e menos importantes; a moral não poderá ser alterada deliberadamente, enquanto regras jurídicas poderão ser; a moral, em regra, se ocupa de ações intencionais, enquanto o direito destina um espaço bem grande para as condutas não intencionais - culposas ou negligentes; a moral possui em seu ambiente a pressão social

³¹¹ Cfr. MARTINELLI, João Paulo Orsini. *Paternalismo Jurídico-Penal: limites da intervenção do Estado na liberdade individual pelo uso das normas penais*. São Paulo: Editora LiberArs, 2015, p. 25.

³¹² Deve ser observada como “razão adicionalmente autonomamente relevante” quando se justifica uma proibição penal, cfr. GRECO, Luís. Tem futuro a teoria do bem jurídico? Reflexões a partir da decisão do Tribunal Constitucional Alemão a respeito do crime de incesto (§ 173 *Strafgesetzbuch*). In *RBCCrim*, ano 18, nº. 82, jan.-fev., 2010, p. 170.

³¹³ Para exemplo de como essa questão pode se colocar na intervenção jurídico-penal v. decisão do Tribunal Constitucional Alemão sobre o crime de incesto – *BVerfGE* 120, disponível na íntegra em [www.bundesverfassungsgericht.de]. Apesar de ficar consignado nessa decisão que a teoria do bem jurídico não cumpriria com a função esperada, que o melhor seria o uso do princípio da proporcionalidade, cfr. BOTTKE, Wilfried. ¿Roma Locuta Causa Finita? ¿Adiós a la exigencia de protección de los bienes jurídicos? In PEÑA, Diego Manuel Luzón-Pena (coord.) *Derecho Penal del Estado Social y Democrático de Derecho. Libro homenaje a Santiago Mir Piug*. Madrid: La ley, 2010, pp. 107 e ss.

³¹⁴ Interessante é o estudo sobre a diferenciação entre Direito e moral de GRECO, Luís. *Lo vivo y lo muerto en la teoría de la pena de Feuerbach. Una contribución al debate actual sobre los fundamentos del Derecho penal* (trad. por Paola Dropulich e José R. Béguelin do original *Lebendiges und Totes in Feuerbachs Straftheorie. Ein Beitrag zur gegenwärtigen strafrechtlichen Grundlagendiskussion*, 2009). Madrid: Marcial Pons, 2015, pp. 109 e ss.

³¹⁵ Ainda que se possa observar em importantes Autores a tese de ligação conceitual entre direito e moral, conforme ALEXY, Robert. On the Concept and the Nature of Law. In *Ratio Juris*, v. 21, nº. 3, 2008, *passim*.

como um tipo de sanção, enquanto o direito trabalha com as penas criminais, multas, indenizações, etc³¹⁶.

Contudo, essa não era a visão que inspirava os Autores até a segunda metade do século XIX - quando a doutrina jurídica positivista ganha vozes consideráveis. Num outro ambiente, a moral era, em comparação com o direito, um saber tão importante quanto o saber jurídico. Ambos eram saberes próximos porque tinham a função de dizer às pessoas como deviam agir – com uma conduta ligada ao *bem* - diante de específicas situações, consideradas as regras de conduta em cada caso. Os juristas, portanto, precisavam descrever o ordenamento jurídico, bem como deviam postular qual ação era a juridicamente correta a se tomar à luz de determinadas circunstâncias, fato que aproximava – metodologicamente – o direito da filosofia moral.³¹⁷

É nessa perspectiva geral que Georg Jellinek, em 1908, apresenta o critério do mínimo ético para explicar a relação entre direito e moral.³¹⁸ Estaria o direito num círculo menor rodeado pelo maior que seria a moral, e seria subjetivamente o mínimo moral de sentido e funcionamento dos membros de uma sociedade.³¹⁹

É nesse contexto não muito favorável que Feuerbach³²⁰, em 1796, aponta à necessidade de se compreender uma divisão entre moral e direito. Através de uma linha conceitual distinta da de Kant³²¹, embora muito influenciado pela filosofia moral desse

³¹⁶ Seria essa uma distinção herdada do critério da coercibilidade; O direito aplica sanções e execuções coerciva quando não voluntariamente cumprido. (BRITO, Miguel Nogueira de. *Introdução ao Estudo do Direito*. Lisboa: AAFDL, 2017, p. 498).

³¹⁷ QUEIROZ, Rafael Mafei Rabelo. *O Direito a Ações Imorais*: Paul Johann Anselm von Feuerbach e a construção do moderno direito penal. São Paulo: Almedina, 2012, pp. 176 e 177.

³¹⁸ Na obra *Die sozioethische Bedeutung von Recht, Unrecht und Strafe*, conforme JELLINEK apud BRITO, Miguel Nogueira de. *Introdução ao Estudo do Direito*. Lisboa: AAFDL, 2017, p. 497.

³¹⁹ *Idem. Ibidem.* p. 497

³²⁰ Ressalta-se que Feuerbach com a sua obra *Kritik des natürlichen Rechts als Propädeutik zu einer Wissenschaft der natürlichen Rechte* (de 1796) ainda se encontrava num ambiente jusnaturalista. Lembrando que o Autor já havia tocado no assunto, em 1795, com a sua tese de doutoramento *Über die einzig möglichen Beweisgründe gegen das Dasein und die Gültigkeit der natürlichen Rechte*.

³²¹ Para detidas explicações da linha conceitual trilhada por Kant e sua influência, apesar doutro resultado, na doutrina de Feuerbach v. QUEIROZ, Rafael Mafei Rabelo. *O Direito a Ações Imorais*: Paul Johann Anselm von Feuerbach e a construção do moderno direito penal. São Paulo: Almedina, 2012, pp. 176, 178 – 185. O que podemos adiantar é que a análise da vinculação e do contraponto entre Direito e moral deve, antes de mais nada, tomar por referência a conexão entre a sanção penal e a ética social, tendo-se, para além do conceito de bem jurídico, o chamado *limite interno* como critério diferenciador entre os dois âmbitos. Essa perspectiva parte de Kant, que defende que da distinção entre Direito e moral derivam os significados diversos da noção de liberdade – liberdade interna e externa –, conforme tal noção se refira à virtude – moral – ou ao Direito. A concepção kantiana entre Direito e moral, desse modo, se baseia na referência de um e outro conjunto normativo a tipos diversos de leis. A moral implicaria, portanto, de um lado, o mero cumprimento de um =a norma autônoma, incluindo a necessidade da motivação do dever pelo simples fato de ser dever, sem qualquer outra razão (KANT, Immanuel. *La metafísica de las costumbres*. [Trad. por Adela Cortina Ortiz y Jesus Conill Sancho] 4ª. ed. Madrid: Tecnos, 2005, pp. 264 e ss.)

Autor, Feuerbach se utiliza das bases filosóficas do positivismo - ainda não difundido na filosofia jurídica da época - para construir sua dogmática penal em grande parte estruturada na ideia de autonomia do direito. Isto é, Feuerbach buscou estipular um conceito de direito natural completamente independente da moral, visando possibilitar o surgimento de uma ciência jurídica autônoma.

Em que pese a importância de quem foi o primeiro Autor a tratar sobre a separação entre direito e moral na regulação jurídica, se foi Feuerbach num tratamento jurídico ou se foi Kant, parece ser certo reconhecer que a influência kantiana foi determinante para que se tenha estabelecido o que mais tarde os juristas positivistas entenderiam sobre a relação desses dois saberes.³²² Desse modo, a relação da moral como um saber em comparação com o saber do direito é posta de maneira, embora com ligações, a cindir ambos os saberes.

A concepção kantiana, ou ao menos de síntese conclusiva dela, trilha a compreensão de que a moral implicaria o cumprimento de uma norma autônoma, atendendo a um dever pelo dever, sem a necessidade de qualquer outra razão. Ao passo que o Direito, de outro lado, realiza-se mediante uma norma heterônoma, cujo significado é de que o indivíduo deve atuar conforme o dever, e não pelo dever, a partir de uma coerção imposta à hipótese de não cumprimento. O Direito está mais preocupado à manutenção da convivência entre os indivíduos – regulando a liberdade externa³²³ –, enquanto a moral está presa a uma preocupação de referência a capacidade de soberania moral individual – liberdade interna.

Não se entende que as críticas dos militantes de direita ao liberalismo, especificamente as destinadas à ideia de que o Estado neutro deixaria em aberto valores como tradição ou participação popular, sejam as ideais. Parece mais correto, sem dúvidas, o liberal como indivíduo que não se identifica com uma doutrina específica ou grupo sociais, assim, se os valores religiosos ou os que representa uma vontade social forem os melhores, o liberal os seguirá – ou respeitará caso não concorde.

O que isso importa ao Direito penal? Muita coisa! A intervenção jurídico-penal deve, por isso, se limitar a comportamentos *externos*, que ultrapassem o limite da liberdade de terceiros, conformando-se com o chamado cumprimento externo-legal das disposições penais. Caso o cumprimento das regras seja por um sentido de dever ou, então, por respeito à liberdade de terceiros garantida juridicamente, é algo que ficará no âmbito da moral. Não se deve colocar ao Direito penal o encargo de consagrar hierarquias axiológicas ou, por mais

³²² Nesse sentido QUEIROZ, Rafael Mafei Rabelo. *O Direito a Ações Imorais*: Paul Johann Anselm von Feuerbach e a construção do moderno direito penal. São Paulo: Almedina, 2012, pp. 179 e 181.

³²³ KANT, Immanuel. *La metafísica de las costumbres*. Ob. Cit., p. 80.

razão ainda, decidir sobre controvérsias éticas. Afinal, assegurar a compatibilidade das diversas ordens éticas – num contexto pluralista que vivemos - e, assim, não impor uma determinada à custa de outra, constitui um dos fundamentos de legitimidade do ordenamento jurídico-penal.³²⁴

Se o reflexo do Direito fosse a partir de normas que traduzissem meramente a ética social estaria fadado ao limite puramente conservador, reconduzindo-se ao obstáculo da evolução social³²⁵. A concepção limitadora do livre desenvolvimento da personalidade – que num Estado Democrático de Direito é de onde se parte a legitimidade do Direito penal - a partir da moral é contrária ao próprio conteúdo material de Estado.

Contudo, uma ressalva merece ser feita, não se quer dizer com isso que uma norma incriminadora não possa abraçar *também* condições morais no âmbito social, somente tenta-se evitar que a finalidade dessa norma seja voltada à tutela da moral, prevenindo os efeitos sociais concretamente danosos – por meio da proteção de bens jurídicos.

Realinhando o tema à teoria do bem jurídico, embora a discussão tenha sido substituída a partir de 1960 por um referencial político³²⁶, ela parece ter retornado nos últimos anos através de posições doutrinárias e decisões que mostram como é complexo e, principalmente, dinâmico o estabelecimento de limites da intervenção jurídico-penal.

O cuidado que se deve tomar nesse terreno acadêmico é sobre a possibilidade de punição de comportamentos não ofensivos a bens jurídicos *determinados*, mas apenas a um referencial moral. O argumento central de oposição para punição de eventuais comportamentos com essa característica é o fato de que não cabe ao Estado regular a educação moral de cidadãos adultos ou, de alguma maneira, manter-lhes moralmente corretos.

E nessa linha entra a conduta de maus tratos aos animais, existe afirmação de que não se está punindo essa conduta por lesionar algum interesse humano (bem jurídico) – não sendo observado, portanto, a ideia central da teoria do bem jurídico – e sim por ser uma vontade da maioria dos indivíduos de determinada sociedade em proteger os animais de

³²⁴ Cfr. SERRANO-PIEDecasas FERNÁNDEZ, José Ramón. *Conocimiento científico y fundamento del derecho penal*. Anotaciones de derecho penal peruano de Dino Carlos Caro Coria. Lima: Horizonte, 1999, p. 16.

³²⁵ STRATENWERTH, Günter. *Derecho penal: parte general. El hecho punible* (trad. por Manuel Cancio Meliá e Marcelo A. Sancinetti do título original *Strafrecht. AT: Die Straftat Vierte, völlig neu bearbeitete Auflage*, 2000). Navarra: Aranzadi, 2005, p. 54.

³²⁶ Decorre nesse período uma evolução do tratamento diferenciador entre direito e moral, com influência do chamado *projeto alternativo do código penal alemão*. Buscou, na época, abandonar uma ideia de se assumir uma concepção moralista da intervenção penal, como por exemplo nos tipos penais em matéria sexual, cuja maior referência era a outrora incriminação do homossexualismo.

condutas que na essência estão carregadas de uma valoração ético-negativa. Responder a dificuldade de fundamentação da teoria do bem jurídico, isto é, a respeito de limitar ou não o poder de “escolha” do legislador passa também pelo questionamento se pode o legislador declarar puníveis condutas cujas dimensões de desvalor pareçam estar mais acopladas ao campo moral do que social.

Ao direito penal não se pode afastar que possua um fundamento ético, contudo não quer por isso se dizer que deva ter como objetivo punir comportamentos *meramente* morais³²⁷. De fato, a evolução da(s) teoria(s) do bem jurídico nos leva a uma teoria crítica dos valores penais³²⁸, onde se escancara o problema da legitimação e é nesse terreno de análise que também se encontra os delitos contra os animais - assim como afeta muito o tema do direito penal sexual (com o problema da moral sexual coletiva³²⁹, das relações homossexuais³³⁰, da prática de incesto³³¹). Obviamente, as questões agora relacionadas não se envolvem nas mesmas polêmicas, não se vislumbra nos crimes contra animais o argumento de que são condutas realizadas por adultos com reciprocidade, mas se envolvem no argumento utilizados por alguns – próximos ao moralismo – de que se pune por existir conceitos gerais, conceitos esses considerados moralmente negativos – e para os moralistas, bastaria isso para reclamar a punição penal.

Os maus tratos aos animais carregam o rótulo de serem condutas especialmente reprováveis eticamente e vergonhosa segundo a convicção comum, mesmo que o fato possa não lesionar bem algum diretamente determinável. Essa postura faz com que possa se pensar

³²⁷ Nesse sentido ALMEIDA, Carlota Pizarro de. Algumas considerações a propósito do acórdão 211/95 do Tribunal Constitucional. In *Casos e Materiais de Direito Penal*. 2ª. ed. Coimbra: Almedina, 2002, p. 206.

³²⁸ PALMA, Maria Fernanda. *Direito Constitucional Penal*, cit., p. 115.

³²⁹ No ordenamento português através das polêmicas existentes na versão original do Código Penal de 1982 em relação aos crimes sexuais enquanto crimes contra bens jurídicos supraindividuais, algo que se aproximava às normas morais no âmbito da tutela sexual. Terreno polêmico que ganhou contornos mais firmes com a reforma de 1995 ao Código, cfr. ANTUNES, Maria João. Crimes contra menores: incriminações para além da liberdade e da autodeterminação sexual. In *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, vol. LXXXI, 2005, pp. 57 e ss.

³³⁰ Que até 1969, no ordenamento alemão, aceitava a punição penal para a conduta de um ser humano se relacionar com outro ser humano do mesmo sexo, ou seja, existia tipificação da homossexualidade entre adultos. Ou, ainda no terreno jurídico alemão, as questões que envolveram a colocação em causa da constitucionalidade do crime de incesto (§ 173, II *StGB*), para detidos detalhes v. BOTTKE, Wilfried. ¿Roma Locuta Causa Finita? ¿Adiós a la exigencia de protección de los bienes jurídicos? In PEÑA, Diego Manuel Luzón-Pena (coord.) *Derecho Penal del Estado Social y Democrático de Derecho. Libro homenaje a Santiago Mir Puig*. Madrid: La ley, 2010, pp.

³³¹ questões que envolveram a colocação em causa da constitucionalidade do crime de incesto (§ 173, II *StGB*), para detidos detalhes v. BOTTKE, Wilfried. ¿Roma Locuta Causa Finita? ¿Adiós a la exigencia de protección de los bienes jurídicos? In PEÑA, Diego Manuel Luzón-Pena (coord.) *Derecho Penal del Estado Social y Democrático de Derecho. Libro homenaje a Santiago Mir Puig*. Madrid: La ley, 2010, pp. 101 e ss.; GRECO, Luís. Tem futuro a teoria do bem jurídico? Reflexões a partir da decisão do Tribunal Constitucional Alemão a respeito do crime de incesto (§ 173 *Strafgesetzbuch*). In *RBCCrim*, ano 18, nº. 82, jan.-fev., 2010.

que é válida a norma penal que guarda condutas desse tipo, em razão, numa última análise, de se restringir o livre desenvolvimento do indivíduo – especificamente da personalidade³³², onde se defende a possibilidade de ser legítima a intromissão do legislador na liberdade humana por se tratar de uma conduta que seria ilícita ou de duvidosa licitude³³³.

Por tudo que até aqui apresentamos, tal postura não pode ser considerada como razoável do ponto de vista jurídico-penal e porque a proteção de normas morais – seja de cunho religioso ou ideológico – não pertence ao Estado considerado Democrático de Direito³³⁴. É na teoria do bem jurídico que se encontra outra fundamentação da postura liberal da ciência do Direito penal³³⁵, fazendo com o que o Direito penal proteja somente bens jurídicos. Ficaria em aberto, portanto, uma outra questão – que não vamos nos ater - de se saber se a moral é ou não um bem jurídico.

Vimos até aqui que a ciência do Direito penal, entendida numa postura liberal, se serve da teoria do bem jurídico como fundamento. Essa postura faz com que se afaste da proteção do Direito penal questões morais quando entendidas – e novamente frisada – de forma isolada, sem nenhum outro argumento lesivo que complemente, pois se é certo dizer que a tarefa do Direito penal é proteger bens jurídicos, é de igual maneira certo dizer que a moral não é um bem jurídico. Meras imoralidades, portanto, não seriam pautas de preocupação do Direito penal³³⁶.

³³² Algo que faz algum sentido se pensarmos no contexto do artigo 2, I GG.

³³³ ROXIN, Claus. *Derecho Penal*. Parte general. T. 1. Fundamentos. La Estructura de la Teoría del Delito (trad. por Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo e Javier de Vicente Remesal da 2ª edição do original *Strafrecht*. AT, 1994). Madrid: Civitas, 1997, p. 63.

³³⁴ Com tal postura reflexiva *Idem. Ibidem*, p. 63.

³³⁵ GRECO, Luís. Princípio da ofensividade e crimes de perigo abstrato. In *RBCCrim*, nº. 49, 2004, pp. 97 e ss;

³³⁶ Numa visão provocativa desse aspecto GRECO, Luís. Tem futuro a teoria do bem jurídico? Reflexões a partir da decisão do Tribunal Constitucional Alemão a respeito do crime de incesto (§ 173 *Strafgesetzbuch*). In *RBCCrim*, ano 18, nº. 82, jan.-fev., 2010, pp. 176 e ss. O Autor a partir da afirmação de que é equivocado o Direito penal proteger convicções morais por entender que esse ramo do direito é um meio inidôneo para buscar tal finalidade, ou seja, a manutenção de um consenso social sobre determinado valor não poderia ser a finalidade de uma norma penal, pondera se, então, o Direito penal é um meio inidôneo para proteger convicções morais, deve se partir da compreensão que o liberalismo jurídico-penal estaria sendo transformado em algo contingente³³⁶, assim como se percebe numa tese empírica. Acredita, o Autor, ser improvável que a teoria do bem jurídico consiga excluir meras imoralidades do Direito penal, pois além de possuir as sabidas fraquezas quanto a definição de um conceito e quanto à possibilidade de limitar o legislador, possui um caráter *consequencialista*, o que Luís Greco chama de “ponto cego” da teoria do bem jurídico (*Idem, Ibidem*, p. 176).

4. O BEM JURÍDICO EM SEDE DO CRIME DE MAUS TRATOS AOS ANIMAIS

Como é intuitivo se notar – e nesta pesquisa já apresentado – um dos pontos ilustrativos no debate atual sobre o rendimento crítico da teoria do bem jurídico relaciona-se aos delitos de maus tratos aos animais. Delito que, a bem da verdade, para certa doutrina, se não aceito como legítimo demonstraria o fenômeno chamado de “*postura autoparalisante da ciência penal*”³³⁷.

A partir da concepção kantiana em relação aos maus tratos aos animais, funda-se a doutrina penal do século XIX, sendo contextualizada com a ideia de tutela indireta – de cariz flagrantemente antropocêntrico. Os animais, embora não considerados como sujeitos de direitos, poderiam ser tomados como pacientes do delito de maus tratos, cujo conteúdo jurídico se relacionava com eventual violão da moral pública e dos bons costumes.³³⁸

Restou, portanto, uma latente confusão entre Direito e Moral, de maneira a formar uma imprecisão do conteúdo material delito em comento. No início do século XX já se encontrava bastante desenvolvida a compreensão do bem-estar dos animais nas principais reflexões, de maneira a ser iniciado o desenvolvimento da saúde e do bem-estar dos animais como objetos de proteção do delito de maus tratos, relacionando-se, porém, tais valores a uma ideia de interesse moral da sociedade.

Na esteira desse desenvolvimento sobre a proteção dos animais apareceram doutrinas sustentando que tal proteção seria exigível na sociedade em razão dos animais possuírem

³³⁷ GRECO, Luís. Modernização do Direito penal, bens jurídicos coletivos e crimes de perigo abstrato. In GRECO, Luís *Modernização do Direito Penal, Bens Jurídicos Coletivos e Crimes de Perigo Abstrato* (com um adendo: princípio da ofensividade e crimes de perigo abstrato). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, pp. 46 e ss. Raciocínio que é levado pelo extremo racionalismo, em que a partir de uma visão limitadora macularia-se o diálogo com a sociedade.

³³⁸ Cfr, GUZMÁN DABORA, José Luis. El delito de maltrato de animales. In DIÉZ RIPÓLLES, José Luis. ROMEO CASABONA, Carlos María. GRACIA MARTÍN, Luis. HIGUERA GUIMERÁ, Juan Felipe (Ed.). *La ciencia del derecho penal ante el nuevo siglo*. Libro homenaje al Profesor Doctor José Cerezo Mir. Madrid: Tecnos, 2002, p. 1326.

simpatia e compaixão humana³³⁹, outros no sentido de que os sentimentos coletivos relacionados à indignação com a notícia de um caso de maus tratos aos animais.³⁴⁰

Por outro lado, o bem-estar animal tem a consideração do dever se sua proteção pelo Direito penal não em função do ser humano, mas sim em razão do reconhecimento de valor intrínseco dos animais não-humanos – reveladores de uma postura ecocêntrica. Dessa maneira, os animais seriam considerados titulares de direitos passíveis de lesão.³⁴¹

Em suma, são diversas as propostas que analisam o fundamento da tutela penal dos animais, umas próximas da *proteção direta* e outras através de uma *proteção indireta* do ser humano. É verdade que dependendo do ordenamento é difícil definir qual o propósito da lei³⁴², se indiretamente protegemos os seres humanos ou se diretamente se protege os animais. O que se pode dizer é que um dever direto para com um animal é aquele temos porque o próprio animal tem algum interesse “reconhecido”, como, por exemplo, de se evitar a tortura, ao passo que um dever indireto em relação ao animal é aquele que temos em virtude da nossa relação com outros seres humanos. Basicamente, essa relação indireta pode ser resumida na explicação de que se proibirmos atos contra o animal seria porque a prática desses atos incentivaria sentimentos perversos e, dessa forma, aumentaria o “sofrimento” humano, razão pela qual deveria o ser humano proteger o animal não-humano.

Entretanto, vamos nos ater, nesse momento, na análise de qual bem jurídico se está tutelando quando se cria o tipo penal de maus tratos aos animais. Como já tivemos a oportunidade de anunciar, a questão do bem jurídico protegido no âmbito dos crimes contra

³³⁹ Nesse sentido, MERKEL, Adolf. *Derecho Penal*. Parte especial. T. II. (trad. por Pedro Dorado Montero). Madrid: La España Moderna, s/d, pp. 200-201. Do mesmo modo, porém com um posicionamento mais sobre a consequência, Von Hippel admite que considerar os animais como titulares de direitos não traria consequência diferente da criação do delito de maus tratos fundamentado no sentimento humano da compaixão (*apud* GUZMÁN DABORA, José Luis. El delito de maltrato de animales. In DIÉZ RIPÓLLES, José Luis. ROMEO CASABONA, Carlos María. GRACIA MARTÍN, Luis. HIGUERA GUIMERÁ, Juan Felipe (Ed.). *La ciencia del derecho penal ante el nuevo siglo*. Libro homenaje al Profesor Doctor José Cerezo Mir. Madrid: Tecnos, 2002, p. 1329).

³⁴⁰ Como menciona SERRANO TÁRRAGA, María Dolores. La reforma del maltrato de animales en el derecho penal italiano. In *Boletín de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Ensino a Distancia – UNED*, nº. 26, 2005, p. 246.

³⁴¹ É interessante recordar que uma compreensão de proteção dos animais de modo autoreferencial se viu num dos momentos áridos da história dos seres humanos. O nacional-socialismo, com o que se pode dizer de provas da entusiástica teriofilia de Adolf Hitler, determinava o cuidado com os animais - ao mesmo tempo que enviava pessoas às câmaras de gás – nas legislações da época. Algo observado, por Knut Amelung, como falta de vínculo das leis de proteção aos animais (na Alemanha) com a tutela do indivíduo, devendo ser afastada a ideia de proteção de um bem jurídico personalista, cfr. AMELUNG, Knut. El concepto de “bien jurídico” en la teoría de la protección penal de bienes jurídicos. In HEFENDEHL, Roland (Ed.) *La Teoría del Bien Jurídico: fundamento de legitimación del derecho penal o juego de abalorios dogmático?* Madrid: Marcial Pons, 2007, p. 237.

³⁴² Adam Kober, no contexto do regime jurídico da *Common Law* cita a dificuldade na busca de tal distinção, cfr. KOLBER, Adam. Standing Upright: the moral and legal standing of humans and other apes. In *Stanford Law Review*, vol. 54, nº. 1, oct, 2001, p. 177.

os animais tem sido colocada no pacote daquelas controversas nos ordenamentos jurídicos que tipificam estes crimes.

Por tudo que verificamos até aqui acerca da teoria do bem jurídico-penal, o exercício de harmonizar tal teoria com o objeto da ação destes crimes encontra dificuldade. Observaremos que alguns autores caminham para conciliação entre a tutela penal dos animais e a teoria do bem jurídico, enquanto outros se afastam desse caminho. Definitivamente, não há concordância doutrinal nessa seara.

Ainda que o problema do bem jurídico em sede dos maus tratos animais não seja recente³⁴³, o debate contemporâneo se encontra dedicado na procura de se estabelecer o sentido teleológico do delito e na significação que deve se atribuir aos animais: se são considerados objeto material do delito ou sujeito passivo desse.

4.1. A proteção indireta dos seres humanos

Trata-se de interpretação de que o fundamento da proteção aos animais estaria fincado na ideia de que a conduta contra os animais poderia se voltar, de alguma forma, contra os seres humanos. Quando no capítulo I dessa pesquisa foram - ainda que tangencialmente - apresentadas legislações específicas de proteção animal do século XIX, pôde-se ver que as leis protetoras da época buscavam proteger os animais por uma espécie de “dever” indireto.³⁴⁴

As codificações dessa época foram influenciadas pelas perspectivas de Kant.³⁴⁵ E como já tivemos oportunidade nessa pesquisa de tentar compreender o pensamento kantiano no tema dos animais não-humanos, podemos observar que o mesmo entendia que o tratamento violento e cruel com os animais se opõe intimamente ao dever do homem para

³⁴³ Mesmo antes de se conhecer a punição penal dos maus tratos aos animais, já se tem notícia de penalistas estudando como se justificar tal punição, conforme GRECO, Luís. *Proteção de bens jurídicos e crueldade com animais*. Ob. cit., p. 48.

³⁴⁴ É, inclusive, esse o motivo pelo qual Karl Ferdinand Hommel se afasta da mais tarde realidade da codificação penal alemã. Hommel defendeu que o conteúdo antijurídico da conduta de maus tratos aos animais devia ser visto como violação de deveres do homem para com Deus, cfr. GUZMÁN DALBORA, José Luis. El delito de maltrato de animales. In DIÉZ RIPÓLLES, José Luis. ROMEO CASABONA, Carlos María. GRACIA MARTÍN, Luis. HIGUERA GUIMERÁ, Juan Felipe (Ed.). *La ciencia del derecho penal ante el nuevo siglo*. Libro homenaje al Profesor Doctor José Cerezo Mir. Madrid: Tecnos, 2002, p. 1325.

³⁴⁵ GUZMÁN DALBORA, José Luis. El delito de maltrato de animales. In DIÉZ RIPÓLLES, José Luis. ROMEO CASABONA, Carlos María. GRACIA MARTÍN, Luis. HIGUERA GUIMERÁ, Juan Felipe (Ed.). *La ciencia del derecho penal ante el nuevo siglo*. Libro homenaje al Profesor Doctor José Cerezo Mir. Madrid: Tecnos, 2002, pp. 1325 e 1326.

consigo. O respeito aos animais não era por consideração direta a esses, tão somente do homem com ele próprio.

Mais tarde, vencida a época de proposta de moralização do Direito penal – do nacional-nacionalismo, por exemplo - e alavancada a ideia liberal para seara jurídico-penal, verifica-se que a tradição do século XIX foi levada adiante. Em razão da tradição liberal dominante é que se observa o tratamento da proteção penal dos animais através da *proteção indireta do ser humano*.

Nessa perspectiva, a doutrina penal partiu de uma concepção em relação aos animais que pode ser definida através da tutela indireta – ou antropocêntrica-estética dos animais³⁴⁶, na qual os animais não eram considerados sujeitos de direitos, tampouco tomados como pacientes do delito de maus tratos, apenas objetos deste delito.

4.1.1. A moral pública e os bons costumes

Foi embebida nessa perspectiva que a doutrina penalista do século XIX tratou de argumentar que o caráter ilícito dos maus tratos aos animais facilmente poderia se transformar em crueldade na relação intersubjetiva.

Em um dos fundamentos buscados para a incriminação, nessa perspectiva, está a violação da moral pública e dos bons costumes. Dessa maneira, as lesões na saúde e integridade física dos animais não teriam o condão de ser o conteúdo do injusto, esse ficava a cargo da violação da moral pública e dos bons costumes. O bem jurídico, portanto, seria a moral e os bons costumes da sociedade. Subjaz a essa percepção estaria uma compreensão de que poderia eventualmente haver uma predisposição da sociedade ou de algum de seus membros em assumir moralmente o maltrato contra outras pessoas.³⁴⁷

Na Alemanha, por exemplo, já se conhecia Autores do século XIX que buscavam a justificativa de uma possível colocação em perigo da ordem moral como um todo.³⁴⁸ Em uma leitura mais contemporânea, apresenta-se que a razão da incriminação dos maus tratos

³⁴⁶ Ángel Pelayo González-Torre, em sintonia com a crítica negativa dessa perspectiva, lança mão da expressão “*teoría de la crueldad*” (GONZÁLEZ-TORRE, Ángel Pelayo. Sobre los derechos de los animales. In *Anuario de Filosofía del Derecho* – nueva época. Tomo VII, 1990, p. 551).

³⁴⁷ BRAGE CENDÁN, Santiago B. *Los delitos de maltrato y abandono de animales*: artículos 337 y 337 bis CP. Valencia: Tirant lo Blanch, 2017, p. 52.

³⁴⁸ Conforme cita GRECO, Luís. *Proteção de bens jurídicos e crueldade com animais*. Ob. cit, p. 49. (fazendo especial referência a Scholl, E. *Das Ärgernis im deutschen Strafrecht überhaupt und in der Strafnorm Tierquälerei insbesondere*. In ZStW, vol. 13, 1983).

aos animais, cujo sujeito passivo é difuso e impreciso – razão pela qual seriam chamados de delitos *vagos*³⁴⁹.

4.1.2. *Proteção de sentimentos coletivos*

O bem jurídico protegido, nessa interpretação, seria o sentimento coletivo, fundamentado na violação aos sentimentos de piedade, compaixão, simpatia, benevolência etc, ou na potencialidade de causar sentimentos negativos quando da prática da conduta de maus tratos aos animais. Evidente, que, aqui, não se teria reconhecido nenhum direito subjetivo aos animais, esses figurariam como meros objetos materiais das condutas delitivas.

Trata-se de uma interpretação na qual as pessoas se sentiriam atingidas, nos seus sentimentos de piedade, compaixão, simpatia, benevolência etc, pelos danos causados aos animais.³⁵⁰ Estar-se-ia legitimando a tipificação penal pelo desagrado aos sentimentos das pessoas em geral sobre os fatos. Se observarmos com atenção, essa justificativa parte de uma suposição de que a sociedade não toleraria o sofrimento dos animais de forma desnecessária.

Ainda nesse contexto dos sentimentos coletivos, porém numa ótica mais específica, o tipo legal de maus tratos aos animais estaria justificado pelo potencial em provocar sentimentos negativos nos seres humanos, razão pela qual se protege o direito dos homens em não experimentar tais sentimentos.³⁵¹ Também aqui a norma presumiria que a sociedade seria afetada com sentimentos negativos.

Em suma, parte-se da ideia de que a conduta de crueldade com os animais tem a capacidade de ferir sentimentos humanos, de excitar os ânimos do público, situação capaz de embrutecer o autor do delito – bem como a coletividade.³⁵²

Outra perspectiva relacionada aos sentimentos coletivos, porém com um detalhe apresentado pelos Autores alemães do século XIX,³⁵³ é a de que o crime de maus tratos aos animais protegeria sentimentos coletivos relacionados à revolta causada pela notícia de que

³⁴⁹ ANTOLISEI *apud* GUZMÁN DALBORA, José Luis. El delito de maltrato de animales. *ob. cit.*, 2002, p. 1326.

³⁵⁰ Presente, por exemplo, no código penal Italiano, de 1859, que castigava os maus tratos aos animais enquanto ofensa a sentimentos de piedade e compaixão dos homens.

³⁵¹ RÍOS CORBACHO. José Manuel. *Los animales como posibles sujetos del derecho penal: algunas referencias sobre los artículos 631 (suelta de animales feroces o dañinos) y 632 (malos tratos crueles) del código penal español*, p. 20. Disponível em https://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/articulos/a_20080526_86.pdf.

³⁵² Essa posição parece ser as dos tipos outrora vigentes no ordenamento brasileiro - artigo 64 § 1º da LCP - e também no ordenamento espanhol - artigo 685 do Projeto de Código Penal Espanhol de 1980.

³⁵³ Conforme se destaca da doutrina de GRECO, Luís. *Proteção de bens jurídicos e crueldade com animais*. *Ob. cit.*, pp. 49 e 50.

algum animal foi vítima de tal conduta. Nessa ótica, o foco crítico não é pela presunção de que a norma atingiria sentimentos de compaixão ou causaria sentimentos negativos nas pessoas de determinada sociedade, mas sim pela consequência que geraria a notícia de maus tratos aos animais.

Ademais, essa fundamentação fracassa no momento em que não consegue justificar os atos de crueldade que eventualmente permaneçam em segredo, ou, de igual maneira, não justifica o motivo do castigo, se é realmente pelo ato de maus tratos ou se é pela sua divulgação.³⁵⁴ Nessa linha não importaria, para fim de incriminação da conduta, o dano efetivamente sofrido pelo animal, e sim em razão de sua percepção por outros – algo que tenha sido tornado público ou virado escândalo –, capaz de suscitar indignação.

Se observamos com atenção, qualquer que seja o sentimento das pessoas passíveis de justificar a tipificação penal, parte-se da compreensão dos deveres indiretos: as obrigações com os não-humanos são possíveis, porém, não passam de *deveres indiretos*. Deveres para com os homens “*por intermédio*” da conduta desses com os animais. Concepção associada à visão mais radical do antropocentrismo.

Ainda na linha de explicação de uma incriminação por violação de sentimentos, há outro incômodo sob o ponto de vista do bem jurídico-penal. Uma justificativa de tal ordem se aproxima dos apelos moralistas.

4.1.3. *Integridade física e vida dos seres humanos*

Se pararmos para observar com cuidado, a preocupação em pano de fundo está na própria integridade física ou, em última análise, a própria vida dos seres humanos. O argumento baseia-se na ideia de que maltratar animais degenera, de alguma maneira, os modos dos seres humanos, algo que pode favorecer os *maus tratos sobre os humanos*. O Estado deveria proteger os animais de condutas violentas para proteger as pessoas.

Tal perspectiva teve em Kant, no século XVIII, um expoente para se defender que incriminações como essas do maus tratos aos animais tem objetivo de prevenir violências sobre pessoas.³⁵⁵ Um bem jurídico-penal que guarde essa concepção deverá ser reconduzido ao desenvolvimento da personalidade – ética – do homem e, dessa forma, de alguma forma

³⁵⁴ Nesse sentido GRECO, Luís. *Proteção de bens jurídicos e crueldade com animais*. Ob. cit, p. 50.

³⁵⁵ Cfr. ALBERGARIA, Pedro Soares. LIMA, Pedro Mendes. Sete Vidas: a difícil determinação do bem jurídico protegido nos crimes de maus tratos e abandono de animais. In *Revista Julgar*. nº. 28, jan.-abr., 2016, pp. 148 e 149.

ligado à – numa leitura mais contemporânea – dignidade da pessoa humana. Em última análise, a não observância dos deveres morais e jurídicos pelos seres humanos levaria ao que pode chamar de “*desumanidade do agente*”³⁵⁶, pois aqui se macularia os deveres diretos com outros homens.

4.1.4. Perigosidade do autor

Trata-se da posição que defende existir nas condutas de maus tratos aos animais uma forma de mentalidade (postura mental, convicção ou ponto de vista) do autor. E quem praticasse ato de crueldade com os animais poderia agir cruelmente com outros indivíduos.³⁵⁷

É possível verificar que a justificava para eventual punição dos maus tratos aos animais passava, também no contexto da preservação da relação intersubjetiva dos humanos, pela perigosidade do autor do fato. Kant, por exemplo, foi um entre os pensadores que trilharam esse argumento.³⁵⁸ Para o filósofo, o indivíduo que pratica ato de crueldade com os animais pode de igual maneira agir com crueldade em relação a outros seres humanos.³⁵⁹ Estar-se-ia, portanto, claramente diante da ideia de tutela antropocêntrica-estética dos animais.

Entre os penalistas, desde Karl Ferdinand Hommel – tido como o principal representante penalista do final do século XIX - já se tem notícia de tal justificação para punir penalmente um indivíduo que seja cruel com um animal. Não se afastando da ideia dominante da época, aquele que praticasse ato cruel com os animais poderia também agir cruelmente com pessoas.³⁶⁰

³⁵⁶ Expressão, embora defendida de forma contrária, verificada em ARAÚJO, Fernando. *A Hora dos Direitos dos Animais*. Coimbra: Almedina, 2003, p. 335.

³⁵⁷ Em uma aproximada justificação, há quem defenda que tais atos levariam a uma autodegradação do autor do fato, o foco explicativo não estaria na perigosidade do autor em relação aos outros seres humanos e sim o quanto o fato é perigoso para o próprio autor.

³⁵⁸ *La Metafísica de Las Costumbres* (trad. por Adela Cortina Ortiz y Jesus Conill Sancho do original *Die Metaphysik der Sitten*, 1797). 4ª ed. Madrid: Tecnos, 2005, pp. 309.

³⁵⁹ Kant fundamenta o dever em relação aos animais como dever do homem para consigo mesmo, de maneira que se o indivíduo evitasse o ato de crueldade com os animais estaria de acordo com uma possível compaixão pelo sofrimento e, assim, teria “*una predisposición natural muy útil a la moralidad en la relación con los demás hombres*” (*La metafísica de las costumbres* [trad. por Adela Cortina Ortiz y Jesus Conill Sancho do original *Die Metaphysik der Sitten*, 1797]. 4ª ed. Madrid: Tecnos, 2005, pp. 309- 310).

³⁶⁰ *Apud* GRECO, Luís. *Proteção de bens jurídicos e crueldade com animais*. *Ob. cit.*, p. 51. (referência a obra *Rhapsodia qyastionvm in foro qvotidie obvenientvm*, 1769); Entretanto, Hommel defendia que os homens estavam isentos de deveres frente aos animais, a punição era devida em razão do ser humano ter descumprido um dever com Deus (GUZMÁN DALBORA, José Luis. El delito de maltrato de animales. In DIÉZ RIPÓLLES, José Luis. ROMEO CASABONA, Carlos María. GRACIA MARTÍN, Luis. HIGUERA

Existem atualmente posições que inclusive corroborariam com tal compreensão, se têm, para alguns, comprovado que uma elevada quantidade de assassinos em série possui histórico de violência com animais,³⁶¹ ou empiricamente demonstrado que há correlação entre crueldade para com os animais e outros tipos de violência,³⁶² reconduzindo-se a uma propensão criminal.

Argumentos de tal ordem não devem prosperar por serem baseados, a nosso ver, em terrenos inseguros. Trata-se de conjectura incapaz de fundamentar a certeza de um específico *caráter* de um ser humano pela prática de um ato de crueldade.³⁶³ Dessa forma, se tal prognose não fosse comprovada, ficaria o risco de não ter como reparar o juízo de caráter feito daquele ser humano.³⁶⁴

O que podemos entender dessa reflexão é que a postura acima apresentada pune o sujeito por sua mentalidade e não por lesionar ou ameaçar de lesão um bem (jurídico). Essa postura está mais bem adequada ao que se chama de “direito penal do autor”, se afastando do necessário “direito penal do fato”. De fato, a postura de compreender um direito penal onde se leva em consideração unicamente a mentalidade subjetiva do autor, a nosso ver, não deve prosperar.

4.2. Delito Ambiental

Optou-se, nesse trabalho, separar em item próprio os maus tratos aos animais vistos como delito ambiental para que se faça ressaltar a atenção ao analisar eventual legitimação da incriminação em comento. Isso por um motivo muito simples, depende de qual concepção de bem jurídico ambiental se adote: pode-se partir da compreensão de que o ambiente é uma categoria representativa como se fosse uma síntese valorativa, de onde todas as peças da Natureza são partes de um todo incindível³⁶⁵, e desse faria parte o animal não-humano. Se o

GUIMERÁ, Juan Felipe (Ed.). *La ciencia del derecho penal ente el nuevo siglo*. Libro homenaje al Profesor Doctor José Cerezo Mir. Madrid: Tecnos, 2002, p. 1325).

³⁶¹ Cfr. ASCIONE, Frank R. *Cruelty to Animals and Interpersonal Violence*. Readings in Research and Application. West Lafayette: Purdue University Press, 1998.

³⁶² Cfr. JORGENSEN, Star. MALONEY, Lisa. Animal Abuse and the Victims of Domestic Violence. In ASCIONE, Frank R. ARKOW, Phil (Orgs.) *Child Abuse, Domestic Violence and Animal Abuse: Linking the circles of compassion for prevention and intervention*. West Lafayette: Purdue University Press, 1999, p. 153.

³⁶³ Nesse sentido, v. DeGRAZIA, David. *Taking Animals Seriously: mental life and moral status*. Cambridge: Cambridge University Press, 1996, pp. 41 e ss.

³⁶⁴ Conforme ponderação de DeGRAZIA, David. *Taking Animals Seriously: mental life and moral status*. Cambridge: Cambridge University Press, 1996, p. 42.

³⁶⁵ Como, por exemplo, parece compreender DIAS, Augusto Silva. A estrutura dos direitos ao ambiente e à qualidade dos bens de consumo e sua repercussão na teoria do bem jurídico e na das causas de

leitor entender o bem jurídico ambiental a partir de uma visão antropocêntrica, restará o delito ambiental explicado por via de uma proteção indireta do ser humano. Contudo, se compreender o bem jurídico ambiental partindo da concepção ecocêntrica, não será correto justificar o delito de maus tratos aos animais como delito ambiental por via da ótica da proteção indireta.

Para os que adotam o ambiente como um todo indistinto fará sentido conceber os maus tratos aos animais como delito ambiental, pois seriam os animais pertencentes ao meio ambiente e, assim, a proteção de animais seria a proteção do meio ambiente. Esses – os animais – estariam inclusos na ideia de valores que compõe a síntese valorativa que representa o ambiente (ao lado de outros como, v.g., a qualidade dos recursos hídricos, a integridade natural da atmosfera etc). Tal construção só seria possível, entretanto, numa contextualização com normas como por exemplo se a eleita pelo legislador brasileiro - através do artigo 32 da Lei 9.605/98 -, onde se pretendeu proteger os animais como inseridos no todo ambiental. Fica claro aqui que a proteção penal dos animais, nessa perspectiva, se enquadra não em eventuais sentimentos, interesses coletivos ou em qualquer aspecto do indivíduo e, sim, numa tutela baseada em premissa socioambiental.

Não obstante esses aspectos, é preciso enfrentar a análise de que a proteção penal dos animais pode sim estar inserida no contexto do meio ambiente como um todo, porém será que todo e qualquer tipo incriminador que proteja os animais e que tem como objeto de proteção o ambiente – como síntese valorativa – estará legitimado? Se crê, nesse trabalho, que depende da análise que qual conduta se quer proibir e de qual animal que se quer proteger - e aqui não por diferença entre espécies e sim por opção de qual grupo de animais se quer proteger - os selvagens, os domésticos, os domesticáveis. Não há, num primeiro momento, dificuldade se a proteção aos animais for através de delitos ambientais em que a fauna ou a caça esteja em pauta, por exemplo. Contudo, no específico ilícito típico de maus tratos aos animais, a análise fica mais complexa.

Tratar o delito de maus tratos aos animais como delito ambiental parece aceitável se forem os animais selvagens, por exemplo. Todavia, de pouca plausibilidade se for objeto de proteção os animais domésticos - ainda que inseridos no ambiente como síntese valorativa. Em que pese as nuances da casuística, como ficaria explicada a crueldade de um dono de um

justificação. In *Jornadas de Homenagem ao Professor Doutor Cavaleiro de Ferreira*. Lisboa: Universidade de Lisboa, 1995; acompanhado por MENDES, Paulo de Sousa. *Vale a pena o direito penal do ambiente?* Lisboa: AAFDL, 2000, pp. 99-100.

canil a um animal criado por ele na perspectiva de lesão ou ameaça de lesão ao meio ambiente? Não parece existir interferência no meio ambiente.

Contudo, acha-se na doutrina – em especial a portuguesa e por características específicas da norma constitucional da CRP e da norma protetora dos maus tratos aos animais do CP português – a possibilidade de proteção penal dos animais *de companhia* pela via do ambiente, materializado pelo rótulo da tutela de bem jurídico coletivo. Reconhece-se incriminações de maus tratos aos animais onde se tutelam um bem jurídico coletivo, ligando-as ao exercício da proteção de animais na Constituição reconduzida ao *ambiente*, considerada como valor axiológico constitucional. Essa postura somente é possível se for considerado o chamado Direito penal do comportamento – onde se busca punição das relações ou contextos da vida – e, no caso dos animais, o comportamento dos seres humanos quando se relacionam com os animais.³⁶⁶

4.3. Proteção direta aos animais: do interesse a vida e ao não sofrimento

As tentativas acima expostas de fundamentação da proteção aos animais por via *indireta* do ser humano são fracassadas aos olhos de quem argumenta pela via de que os animais são protegidos pelo Direito penal não em função do ser humano, mas em função de si mesmos. Nessa busca de fundamentação se partiria da premissa de que a proteção correta é aquela que considera individualmente cada animal.³⁶⁷

4.3.1. Deveres do homem

Com a evolução moral dos homens na perspectiva de respeitar o mundo que lhe cerca, seja a Natureza – a depender do conceito, o ambiente como parte dela – ou qualquer ser vivo, fez com que se buscasse uma linha de deveres morais – e jurídicos – do homem para com animais.

O incumprimento desses deveres morais e jurídicos para com os animais revelaria uma possível índole moral – e cívica – da humanidade. A proximidade encontrada com os

³⁶⁶ Para mais informações v. o item 3.5.3 dessa pesquisa, cujo título é “bem jurídico coletivo”.

³⁶⁷ Nessa perspectiva se encontra GRECO, Luís. Proteção de bens jurídicos e crueldade com animais. In *Revista Liberdades*, nº. 3, jan.-abr., 2010, ainda que o faça a partir da análise do tipo penal específico previsto no ordenamento alemão.

animais em deveres dos homens para com aqueles. Assim, quando um indivíduo maltrata um animal estaria violando deveres morais e jurídicos do homem para com os animais.

Os deveres jurídico-penais viriam por uma linha de pensamento quanto ao modo de proteção aos animais, onde se envolve uma espécie de *dever jurídico* do homem. Verifica-se algumas formas de se chegar nesse dever fundamental ao ser humano para como os animais.

Entretanto, independentemente de qual caminho se escolher para tal proposta de dever, é certo que partem da rejeição da tese de proteção indireta dos animais.³⁶⁸ Entender que os animais devam ser protegidos diretamente pelos tipos penais, sendo, inclusive, o interesse a vida e não sofrimento elevado a *status* de bem jurídico-penal, passaria pela aceitação de uma diferença – especista – entre espécies de animais, o que por consequência levaria ao resultado de proteção estatal para umas e não para outras. Em suma, faria com que a proteção estatal não fosse para todos os animais.³⁶⁹

Como contraponto, defende-se que as espécies não-humanas – por serem seres vivos – podem ser beneficiários de deveres, mas não destinatários dos mesmos. Junto com ideia de que não podem ser sujeitos de direitos, estaria a ideia de que não podem ser destinatários de deveres éticos, esses seriam encargos somente para os capacitados de argumentação moral e, de fato, não é uma qualidade dos animais³⁷⁰ - esse é o inverso do raciocínio do *status* moral dos animais, já visto nesse trabalho, propagado por Tom Regan.

De fato, os anseios de Tom Regan levariam, aos seres humanos, uma – no mínimo – sensação de incômodo com o mundo como ele é, pois seria, nesses termos, estranho pensar sobre eventual limitação do uso de animais para qualquer fim ou benefício.

Os animais possuem capacidade sofrer e de sentir prazer³⁷¹ e capacidade de exteriorizar sentimentos – seja de prazer ou de dor, por exemplo – ao ponto de o ser humano perceber. Essa tal perceptibilidade do sofrimento de *alguns animais* – daí, por ventura,

³⁶⁸ Cfr. BRITO, Tereza Quintela de. Crimes contra animais: os novos Projetos-Lei de Alteração do Código Penal. In *Anatomia do Crime*, nº. 4, jul.-dez., 2016, pp. 100 e ss.

³⁶⁹ Críticas a sentido pode ser vistas em BRITO, Tereza Quintela de. Crimes contra animais: os novos Projetos-Lei de Alteração do Código Penal. In *Anatomia do Crime*, nº. 4, jul.-dez., 2016, p. 99. Projetando esse resultado, sem, contudo, rejeitar a tese de proteção direta aos animais GRECO, Luís. Proteção de bens jurídicos e crueldade com animais. In *Revista Liberdades*, nº. 03, jan.-abr., 2010, p. 59.

³⁷⁰ Nesse sentido v. DIAS, Augusto Silva. “*Delicta in se*” e “*delicta mere prohibita*”: uma análise das discontinuidades do ilícito penal moderno à luz da reconstrução de uma distinção clássica. Coimbra: Coimbra Editora, 2008, pp. 770-771.

³⁷¹ MOREIRA, Alexandra Reis. Perspectivas quanto à aplicação da nova legislação. In DUARTE, Maria Luísa. GOMES, Carla Amado (Coords.) *Animais: Deveres e Direitos*: Conferência promovida pelo ICJP em 11 de Dezembro de 2014. Lisboa: Instituto de Ciências Jurídico-Políticas, 2015, p. 154, especialmente notas 1 e 2.

alguns ordenamentos limitem a tutela aos animais *superiores* – por parte do homem faz com que esse indivíduo que presencia tal sofrimento se coloque – racionalmente – no lugar do animal.

Dessa forma, ainda que se vislumbre que os interesses – à vida ou à integridade física – dos animais devam ser juridicamente protegidos por uma consideração ética que lhes é oportuna, essa tutela jurídica será sempre por força de uma imposição de *deveres aos seres humanos*.³⁷²

A crítica – em que pese muitas vezes o argumento ficar preso a uma pressuposta finalidade condenação moral - que pode ser vista nesse fundamento é que se o raciocínio passa pela capacidade do homem em se colocar no lugar do animal e não a própria capacidade de sofrer desse animal, estaria, então, em fria análise, abrindo margem para o argumento de que o que se pretende proteger, na verdade, é alguma sensação do homem, talvez protegendo os sentimentos do ser humano pelos animais³⁷³. O que talvez potencializasse o argumento de que o Direito penal não pode legitimamente intervir para proteger a moral social ou *meros* sentimentos de desconforto – ou até mesmo indignação – da maioria da sociedade.

4.3.2. Referência à criatura

Para superar o problema da incapacidade de fundamentação do crime de maus tratos aos animais, Roxin propõe uma abertura do âmbito individual da teoria do bem jurídico, onde avança da visão focada no antropocentrismo para uma chamada teoria do bem jurídico “*relativa à criatura*”³⁷⁴. Entende que a proteção de bens jurídicos tem que ser ampliada, a partir da extensão do contrato social para além do círculo das pessoas viventes.³⁷⁵ O Autor tentou fincar sua proposta em premissas ligadas ao próprio ordenamento constitucional

³⁷² Cfr. BRITO, Tereza Quintela de. *Crimes contra animais: os novos Projetos-Lei de Alteração do Código Penal*. Ob. Cit., p. 100.

³⁷³ É algo que faria todo sentido quando observamos a tutela penal desprendida pelo ordenamento italiano – que protege expressamente os “*sentimentos do homem pelos animais*”.

³⁷⁴ ROXIN, Claus. Der gesetzgebungskritische Rechtsgutsbegriff auf dem Prüfstand. In *Goltdammer's Archiv für Strafrecht*, 2013, pp. 447 e ss.

³⁷⁵ Cfr. ROXIN, Claus. ¿Es la protección de bienes jurídicos una finalidad del Derecho penal? In HEFENDEHL, Roland. Von HIRSCH, Andrew. WOHLERS, Wolfgang (Eds). *La Teoría del Bien Jurídico: ¿fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?* (trad.do original *Die Rechtsgutstheorie*. Legitimationsbasis des Strafrechts oder dogmatisches Glasperlenspiel?, 2003) Madrid: Marcial Pons, 2007, p. 456.

alemão, bem como na legislação europeia, para fundamentar uma ampliação do rol de seres protegidos pela teoria do bem jurídico.

Essa postura de reconhecer outras criaturas traz um evidente problema de se saber quais criaturas merecerão ou não a proteção. As chamadas “*criaturas assemelhadas*”³⁷⁶ não são claras quando se pensa em seu alcance, não fica claro se o limite dessa proposta seria aos primatas ou a todos os vertebrados – lembrando que a referência de Roxin é o tipo penal do ordenamento alemão.

5. RETORNANDO AO PROBLEMA: O BEM JURÍDICO EM SEDE DO CRIME DE MAUS TRATOS AOS ANIMAIS.

Por todo o exposto, resta certo afirmar que um dos pontos mais significativos na discussão atual sobre o rendimento crítico da teoria do bem jurídico está relacionado com os delitos de maus tratos aos animais. Além da mera concepção da proteção dos animais com caráter imanente ao sistema, questiona-se se há, de fato, um bem jurídico a ser tutelado e, precedendo a isso, se referida tutela pode se dar por meio do Direito penal.

Como se pôde ver até aqui, apesar do debate sobre a legitimidade da intervenção penal nesse contexto não ser tão recente, foi possível, porém, verificar-se em diversas legislações a positivação dessas figuras típicas – protetivas dos animais – no decorrer do século XX.

É imperiosa a constatação de uma necessária reflexão mais profunda e anterior acerca da legitimidade material da incriminação do comportamento analisado. Debruçando-se sobre as dúvidas sobre qual seja o bem jurídico concretamente tutelado.

Os defensores da fundamentação dos maus tratos a animais como atos passíveis de se voltarem em condutas de crueldade contra os homens foram, em boa parte do século XIX, os dominantes. Embora já em 1769³⁷⁷ se tenha notícia de uma ótica da qual os animais não mereceriam reconhecimento – direitos – em razão do dever do ser humano ser o de não cometer atos de crueldade com aqueles, sob pena de violação de um dever com Deus. Esse, inclusive, foi um deslize³⁷⁸ mais tarde observado pelos penalistas que vieram a defender a chamada tutela indireta nas hipóteses do delito em comento.

³⁷⁶ *Idem. Ibidem*, p. 448.

³⁷⁷ Através da doutrina de Karl Ferdinand Hommel.

³⁷⁸ Conforme se anuncia em GUZMÁN DALBORA, José Luis. El delito de maltrato de animales. In DIÉZ RIPÓLLES, José Luis. ROMEO CASABONA, Carlos María. GRACIA MARTÍN, Luis. HIGUERA

Fundamentos diversos apareceram na busca da justificativa da punição penal do mau trato aos animais, passando pela violação da ordem moral (ou moral pública) e dos bons costumes; pela proteção de sentimentos da coletividade; Hipóteses explicativas que conduziam o bem jurídico tutelado como sendo os sentimentos, em geral – ao menos no que foi pesquisado –, de piedade (ou algo similar) que os homens têm em relação aos animais. Outros fundamentos foram verificados também, como o pleito pela punição em razão de eventual perigosidade do autor do fato; e, também, pela via da violação da paz jurídica. Em suma, em qualquer dessas concepções fundamentadoras restaria em comum o fato de que para fins de incriminação da conduta, o dano efetivamente sofrido pelos animais não-humanos não importava, não se punia os maus tratos por si mesmos, mas sim em razão de sua percepção pelos outros, capaz de gerar consequências para outros seres humanos – não esquecendo, ainda, o argumento de alguns ligado à ética das virtudes.

De outro modo, há a defesa de uma doutrina mais afinada com os anseios do próprio século XX. Em uma construção mais recente, desenvolve-se a compreensão da saúde e do bem-estar dos animais como passíveis de serem considerados objetos de proteção do delito de maus tratos. É verdade que tais valores, porém, ficaram em muitas das defesas vinculados ao interesse moral das sociedades. Buscou-se, assim, o argumento de que o dever da proteção desses valores pelo Direito penal não em função do ser humano, mas sim em razão de estes possuírem um valor intrínseco³⁷⁹ – numa perspectiva ecocêntrica. Atualmente, defende-se em doutrinas a possibilidade de eventual autonomização dos “direitos dos animais” ou a proteção dos animais por via da preservação do bem-estar - em geral - dos animais.

Poderíamos pensar que na prática, para fins de consequências do estabelecimento do delito de maus tratos aos animais, não faria diferença se subjaz ao delito estivesse uma proteção indireta dos seres humanos – como ocorre, por exemplo, quando se justifica o tipo penal pelos humanos terem o sentimento de compaixão para com aqueles – ou uma proteção direta dos animais não-humanos – seja por via da consideração dos animais como titulares

GUIMERÁ, Juan Felipe (Ed.). *La ciencia del derecho penal ante el nuevo siglo*. Libro homenaje al Profesor Doctor José Cerezo Mir. Madrid: Tecnos, 2002, p. 1325.

³⁷⁹ Na defesa dessa postura GRECO, Luís. *Proteção de bens jurídicos e crueldade como os animais*. Ob. Cit., p. 53; SERRANO TÁRRAGAS, Maria Dolores. *La reforma del maltrato dos animales en el derecho penal italiano*. Ob. Cit., pp. 247-248; Em um sentido aproximado, v. AMELUNG, Knut. *El concepto de “bien jurídico” en la teoría de la protección penal de bienes jurídicos*. Ob. Cit., p. 237 [é preciso contextualizar: o Autor alemão parece ser influenciado pela análise da origem das leis alemãs sobre a proteção de animais, que surgiram durante o nacional-socialismo. Um dos pontos defendidos pelo Nazismo, ironicamente contraditório, é a questão de se determinar o cuidado com os animais].

de direitos ou em razão de se proteger o bem estar desses.³⁸⁰ Em suma, não importaria numa visão pragmática do delito de maus tratos aos animais se este é reconhecido como objeto da proteção ou se é protegido por um interesse dos seres humanos.

Essa ótica, aqui, se defende como problemática do ponto de vista da justificação das incriminações. De fato, no aspecto consequencialista – frisado por Luís Greco³⁸¹ –, não muda, a bem da verdade, o fato de se fundamentar os crimes de maus tratos por via do ser humano ou visando uma proteção dos animais de modo autoreferencial. Contudo, se partimos dessa concepção, estaríamos justificando um delito por sua consequência e não por buscar uma racionalidade pela norma legislada. Concepção essa, violadora da função crítica da teoria do bem jurídico.

Nessa linha, reinserindo a discussão no âmbito da teoria do bem jurídico, a proposta ampliadora de Roxin para considerar outros seres na teoria do bem jurídico³⁸² – uma ampliação de conceito pode esbarrar em duas questões. A primeira é que ancorar a legitimidade de ilícitos-típicos em normas constitucionais e europeias³⁸³ demonstra uma sensível problemática do ponto de vista normativo, pois se isso for suficiente para legitimar uma proteção penal, o rol de condutas criminalizáveis aumentará drasticamente. Nos parece que foi por esse motivo que a doutrina busca limitar o conceito de bem jurídico individual somente àquilo que é realmente fundamental à realização pessoal do indivíduo. Noutro foco, porém ainda nessa premissa colocada por Roxin, talvez seja pertinente saber qual a qualificação de determinado objeto como bem digno de proteção constitucional³⁸⁴, caso contrário estar-se-ia diante de um recurso crítico igualmente problemático, porém em outro segmento do Direito.

Em sentido semelhante a Roxin, embora seja crítico à teoria individualista de bem jurídico e partindo de outro pressuposto metodológico, Roland Hefendehl considera os maus tratos a animais um delito de comportamento – desprovido de bem jurídico – implicando numa necessária relativização do conceito de bem jurídico. Para Hefendehl, a criminalização

³⁸⁰ Parece ser nesse sentido que von Hippel caminha. Para o Autor as consequências seriam as mesmas, independentemente do caráter que fundamenta o delito de maus tratos aos animais, cfr. *Apud* GUZMÁN DALBORA, José Luis. *El delito de maltrato de animales*. Ob. Cit., p. 1329.

³⁸¹ GRECO, Luís. Tem futuro a teoria do bem jurídico? Reflexões a partir da decisão do Tribunal Constitucional Alemão a respeito do crime de incesto (§ 173 *Strafgesetzbuch*). In *RBCCrim*, ano 18, nº. 82, jan.-fev., 2010, pp. 176 e ss.

³⁸² ROXIN, Claus. Der gesetzgebungskritische Rechtsgutsbegriff auf dem Prüfstand. In *Goltdammer's Archiv für Strafrecht*, 2013, pp. 447 e ss.

³⁸³ *Idem*. *Ibidem*, p. 48.

³⁸⁴ Como pondera Proteção de bens jurídicos e crueldade com animais. In *Revista Liberdades*, nº. 3, jan.-abr., 2010, p. 54.

da conduta estaria justificada por ser tratar de infração contra um sentimento dominante – ou algo como uma convicção cultural já enraizada -, o que diferenciaria de outras hipóteses ligadas ao componente argumentativo da moral.

A posição de Roland Hefendehl é criticável. Não parece razoável admitir que sentimentos sociais – ou até convicções culturais – possam ser alvo de tutela penal somente por serem dominante. Com o próprio exemplo da homossexualidade que Autor utiliza para sustentar os maus tratos como infração representativa da convicção cultural é possível rebater tal tese, afinal a contingência do argumento é latente. O que hoje é um sentimento social amanhã poderá não ser; a homossexualidade já foi defendida como conduta a ser proibida de forma majoritária na sociedade. Estar-se-ia ferindo um caráter democrático do Estado.

Luís Greco, em contrapartida, se coloca contrário aos autores que buscam na imoralidade a fundamentação do delito de maus tratos aos animais. O Autor é defensor da teoria do bem jurídico como ferramenta crítica da legislação e, ao contrário, de alguma doutrina, não se posiciona na tentativa de excepcionar tal teoria por via do delito de maus tratos aos animais. O Autor brasileiro não pugna pela aceitação de um delito sem bem jurídico. Entende que a legitimidade da intervenção penal na hipótese está vinculada à consideração de uma determinada “*autodeterminação relativa*” dos animais.³⁸⁵ Estar-se-ia, portanto, diante da possibilidade do delito em comento ter como bem jurídico o próprio animal, haja vista eles possuírem capacidade de promover escolhas simples, com base na satisfação de necessidades primitivas ou no temor de consequências imediatas.³⁸⁶

Tal concepção merece críticas. A primeira que, como o mesmo observa, tal capacidade construtora da autodeterminação relativa dos animais serviria apenas para um certo grupo de animais – evidentemente, àquele grupo conhecido como animais superiores. A segunda é que, antes de qualquer manifesto, a autodeterminação construída por Greco não pode partir – e difícil afirmar que o Autor daqui partiu, porém se presume – da ideia de autodeterminação humana³⁸⁷. Parece que a pretensão de tratar a capacidade limitada de

³⁸⁵ *Proteção de bens jurídicos e crueldade com os animais. Ob. Cit.*, p. 58.

³⁸⁶ Resta necessário frisar que Greco busca explicação para o § 17 [nº 2] da *Tierschutzgesetz*. Onde se é estabelecida a proteção penal dos animais *vertebrados*.

³⁸⁷ Se assim for, a posição merece revisão crítica. Embora se possa afirmar em determinadas hipóteses a capacidade limitada de escolha animal, não acreditamos que essa se equivaie à liberdade e ao poder de autogoverno dos seres humanos – quando esses buscam o livre desenvolvimento. Os seres humanos, bem como o próprio fundamento do Estado Democrático de Direito relacionam-se à autodeterminação identificada com a *dignidade humana*.

Um dos argumentos utilizados pelos defensores da causa animal é o de se apoiar na afirmação dos indivíduos que se encontram em fragilidade e dependência – como os seres humanos não nascidos e,

escolha de alguns animais como poder de autodeterminação finca a busca pela fundamentação do tipo de maus tratos por via da humanização desses seres - se distanciando do plano ecocêntrico, inclusive -, o que pode estar mais próximo de uma carga emotiva³⁸⁸ dos defensores de tal tese do que comprometida com a racionalidade da intervenção penal.

Dessa carga emotiva, porém a partir de uma ótica inversa, pôde-se ver a defesa da fundamentação do tipo de maus tratos por via de eventual sentimento coletivo. Na realidade, por via de violação de um sentimento coletivo de certa sociedade. Entretanto, apesar de se ver na realidade social em diversas situações do cotidiano em que se revela clara violação da restrita autodeterminação de alguns animais – por exemplo, no caso onde se aumentam a margem de lucro com a diminuição do ambiente dos criadouros de gado e frango ou no caso das alimentações forçadas (ou induzidas) para ganho de peso do animal que irá para o abate -, não se observa especial indignação social.³⁸⁹ Isso por um motivo que acreditamos ser claro: por não se humanizarem os seres que servirão de alimento humano ou cuja existência represente qualquer possibilidade de dano. Em suma, parece haver uma aceitação moral ao tratamento empregado.

principalmente, os que estão em estado vegetativo – também não teriam condição efetiva de autodeterminação. Caracterizar-se-ia, assim, algumas condições que afastariam o ser humano como alguém livre. Contudo, esses indivíduos merecem, da mesma forma, proteção do Estado – inclusive, por meio do Direito penal –, em razão do reconhecimento intrínseco da dignidade humana, que por consectário lógico capacita a autodeterminação ou o autogoverno... apenas pela sua condição humana. E temos que ter em mente que garantir a dignidade humana é umas das tarefas do Direito penal e este intento só é possível protegendo a autonomia individual. De fato, a dignidade da pessoa humana – inclusive com o uso irrestrito que abre espaço para o uso simbólico – é conceito bastante complexo – e não enfrentaremos esse tema por não ser o objetivo dessa pesquisa o seu aprofundamento -, porém a constante afirmação que vemos nos constitucionalistas de que a dignidade é o maior valor do ordenamento jurídico e que dela emanam outros, parece claro reconhecimento do ser humano como fim em si mesmo.

O argumento contrário ao dos defensores da causa animal, que segue a linha da não possibilidade da autodeterminação humana como princípio de uma possível autodeterminação animal, fica claro quando pensamos na questão da responsabilidade animal. A inimputabilidade dos incapazes resulta da própria incapacidade natural para ser responsabilizado, assim o indivíduo que se encontra em situações de dependência cognitiva e volitiva não terá um juízo de culpa igual ao indivíduo que está pleno de suas capacidades. Porém, como adverte BARBOSA, Mafalda Miranda. *A recente alteração legislativa em matéria de proteção dos animais: apreciação crítica. Ob. Cit.*, pp. 40 e 50, com isso “*não dizemos que só é pessoa aquele que é responsável*”. Dessa maneira, a idoneidade aproximada da liberdade configura a pessoalidade, o que leva ao entendimento de que aqueles indivíduos carentes de certas capacidades estavam com essas ausentes em determinado momento, “*sem que com isso deixe de ser pessoa*”. Nessa linha, qualquer ser humano, só por ser, já legitima o caráter de ser pessoa e reconduz à falta de reconhecimento da responsabilidade do animal. Para mais detalhes v. BARBOSA, Mafalda Miranda. *A recente alteração legislativa em matéria de proteção dos animais: apreciação crítica. Ob. Cit.*, p. 50.

Portanto, ao nosso ver, falta aos animais o conteúdo, mesmo que relativo, de autodeterminação.

³⁸⁸ Na realidade, admite-se que os dados culturais mais elementares relativos aos animais (reais ou figurados) como os melhores amigos do homem desde muito conectam-se com todo um acervo que vai do religioso ao ambiental, o que gera o reconhecimento dessa relação. Nesse sentido CORDEIRO, António Menezes. *Tratado de Direito Civil Português*. Parte geral, Tomo III, 2ª. ed. Coimbra: Almedina, 2002, p. 215.

³⁸⁹ Numa estranha sensibilidade da ideia humanizante de autodeterminação dos animais v. o 7º do Decreto-Lei nº. 28/96, que cuida da capacitação das pessoas que irão abater o animal de “*modo humanitário eficaz*”.

A partir da concepção antropocêntrica e, portanto, ainda sob o enfoque da teoria pessoal do bem jurídico, poder-se-ia afirmar que a criminalização dos maus tratos aos animais se volta à proteção da relação em geral mantida entre os humanos e os não-humanos. Embora, de fato, possa também ser vinculada a um sentimento humano, ou a um certo tipo de afeto, tal relação, entendida como interesse supra individual, possui uma inegável dimensão de importância objetiva, identificada diretamente com o livre desenvolvimento individual dos seres humanos.³⁹⁰

Contudo, a questão parece ir além do estabelecimento do valor protegido no delito de maus tratos aos animais. Na realidade, visto referido interesse humano – coadunado objetivamente na interessante relação com os animais – faz-se necessário analisar, antes, a necessidade de sua tutela pelo Direito penal. Inegável o reconhecimento desse interesse ao livre desenvolvimento do indivíduo, porém há que ponderar sobre a suficiência de sua importância para os fins de justificação da intervenção penal.

Em atenção para possível atuação de outros ramos do Direito, especificamente a função do Direito Administrativo de controle de alguns segmentos, poder-se-ia buscar a tutela de forma geral e com caráter pedagógico de certos interesses. Tal subsistema jurídico parece poder representar instrumento de controle social suficiente e adequando para a tutela desse contexto.³⁹¹

Dessa maneira, talvez o melhor caminho seja, ao invés de se buscar, a partir do próprio tipo penal, a determinação de qual é o bem jurídico tutelado – se é o animal individualmente considerado ou se, de forma mediata, algum interesse do ser humano –, partir da análise da legitimidade das normas penais incriminadoras por uma ótica inversa, qual seja: ponderar se determinados interesses podem ser convertidos em bens jurídicos com dignidade penal, levando em consideração alguns *princípios norteadores da intervenção penal* no Estado Democrático de Direito. Nessa linha, sob tal perspectiva, a teoria do bem jurídico aplicada isoladamente se revela carente na legitimação do Direito penal. A análise da legitimidade de ilícitos-típicos deve, portanto, abraçar outros critérios advindos dos

³⁹⁰ É só observarmos a maior dependência e predileção do homem pela companhia dos animais em suas casas, contextualizando com sociedades de isolamento e solidão. Em outro sentido, porém não se afastando dessa ótica, os benefícios dos animais nos problemas de saúde física ou mental, veiculados, por exemplo, na sociedade portuguesa – cfr. <https://lifestyle.sapo.pt/saude/saude-e-medicina/artigos/zooterapia>. Para outras referências científicas v. GARCIA, Murilo Pereira. BOTOMÉ, Sílvia Paulo. Resenha: *da Domesticação à Terapia: o uso de animais para fins terapêuticos*. Disponível em <https://revistas.ufpr.br/psicologia/article/viewFile/9676/9219>.

³⁹¹ Em ponderação nesse sentido, HIRSCH, Hans Joachim. Acerca del estado actual de la discusión sobre el concepto de bien jurídico. In *Anales de Jurisprudencia*, nº. 260, p. 331.

princípios decorrentes do caráter democrático do Estado de Direito, como o da intervenção penal mínima³⁹²,³⁹³ onde se desdobra a vertente da subsidiariedade³⁹⁴.

Afinal, não se pode perder de vista que a utilização do Direito penal para favorecer determinados interesses coletivos difundidos no âmbito social pelos denominados *gestores atípicos da moral*³⁹⁵ não se mostra fato isolado quando se pensa na conveniência da intervenção penal para impedir ataques a esses interesses.

³⁹² Faz até sentido e parece reforçar a teoria pessoal do bem jurídico. Filiando-se, obviamente, ao discurso político criminal a teoria pessoal do bem jurídico insistirá na ênfase que para a proteção de bens jurídicos a ameaça penal é necessária e, em segundo plano, ainda se relacionando com essa premissa, a teoria pode, precisamente dentro de cada campo específico, fundamentar de forma significativa o tradicional princípio da subsidiariedade do Direito penal. Não parece estranho a defesa de quem faz de que uma teoria pessoal do bem jurídico cumprirá com a rigorosidade devida no processo de criminalização de uma conduta, sobretudo no caso de bens jurídicos coletivos.

Dando nota que não serve tão somente de forma específica ao delito de maus tratos aos animais – talvez, somente, em uma de suas propostas de fundamentação –, porém acreditando ser imperioso se dizer que quem reconhece sem qualquer debate bens jurídicos universais corre o risco de aceitar o Direito penal não como *ultima*, mas como *prima ratio* da proteção de bens jurídicos.

³⁹³ Se contextualizarmos com a visão ecocêntrica de bens jurídicos – que para alguns parece servir para o tema – é válido o alerta de Morales Prats sobre o risco de substituir o “*direito penal dos valores*” por um “*direito penal de funções*”, de maneira a questionar o caráter de *ultima ratio* do direito penal (Apud TORRÃO, Fernando. Direito Penal, globalização e pós-modernidade. In *Multiculturalismo e Direito Penal*. Coimbra: Almedina, 2014, p. 88).

³⁹⁴ A proteção de qualquer âmbito que se relaciona com segurança social não deve ser diretamente relacionada ao Direito penal – e sim no Direito em geral –, sendo a intervenção penal apenas um dos instrumentos – e, como regra, o último instrumento – a cooperar com o ordenamento jurídico a cumprir tal tarefa. Daí, quando a proteção da sociedade possa ser obtida por outros meios, preferíveis por custarem menos aos direitos individuais, o Direito penal não se mostrará *necessário*, coerente com a exigência – no âmbito democrático – de buscar o maior bem com o menor prejuízo social.

³⁹⁵ Sobre a influência dos gestores atípicos da moral no Direito penal v. SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *A expansão do direito penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, pp. 81 e ss.

CAPÍTULO IV

O FUNDAMENTO DA LEGITIMIDADE DO PODER PUNITIVO EM SEDE DO MAUS TRATOS COM ANIMAIS NO DIREITO PORTUGUÊS E A ANÁLISE DO ART. 387.º DO CP

O ordenamento jurídico português teve no dia 1 de maio de 2017 a entrada em vigor do *Estatuto Jurídico dos Animais*, através da aprovação da Lei nº. 8/2017. O novo regime jurídico dos animais, apesar das críticas linguísticas³⁹⁶, intenta ser resultado de longas pautas de debates – principalmente, na casa legislativa³⁹⁷ – sobre a natureza e a posição que os animais devem ocupar na sociedade portuguesa.

O atual estatuto impõe consequências no âmbito civil, contraordenacional e – que nos serve na presente pesquisa – criminal, acrescentando uma série de dispositivos nesses segmentos. A regulação dos animais, de fato, não é novidade, porém tentou-se aumentar a proteção jurídica aos mesmos. O estatuto jurídico ganhou relevância de figura jurídica intermediária com a legislatura de 2016³⁹⁸. A Lei nº. 8//2017 trouxe, nos moldes da Áustria³⁹⁹, o reconhecimento intermediário dos animais no meio jurídico. Desse modo, a até então preocupação civilista em regular a relação entre pessoas ou entre pessoas e coisa é modificada com o recente processo legislativo no que tange aos animais.⁴⁰⁰

Nas próximas linhas, tentaremos obedecer a apresentação da natureza jurídica dos animais, bem como tocaremos na tutela penal dos animais no cenário jurídico português, para mais a frente adentrarmos numa análise um pouco mais detida do ilícito típico materializado no artigo. 387 do CP (maus tratos aos animais de companhia).

1. ASPECTOS GERAIS

Como já tivemos oportunidade de acompanhar na presente pesquisa, a temática dos animais é de longa data acompanhada pela Filosofia, pela Ética e – ainda misturada numa

³⁹⁶ Nesse sentido CORDEIRO, António Barreto Menezes. A natureza jurídica dos animais à luz da Lei nº. 8/2017, de 3 de março. In *Revista de Direito Civil*, ano II, nº. 2, 2017, p. 317 (nota 1).

³⁹⁷ A aprovação ocorreu no dia 22 de dezembro de 2016.

³⁹⁸ A aprovação ocorreu no dia 22 de dezembro de 2016.

³⁹⁹ Como já anunciamos no Capítulo I dessa pesquisa. Optamos pela citação à Áustria por ser pioneira na reforma civilista do reconhecimento dos animais como não-coisa.

⁴⁰⁰ Em que pese a importância das alterações, não abordaremos em maior profundidade as destinadas ao código civil. Por razões óbvias voltaremos os olhos para as alterações no âmbito jurídico-penal.

complexidade – pelo Direito. A nível jurídico, desde sempre se perspectivou os animais como *coisas*, úteis ou perigosas, em razão da visão do ser humano, embora também animal, ser considerado superior. Também não é de hoje que o sofrimento dos animais, a sensibilidade à dor e - para específicas espécies de animais - o afeto, ganham relevância nas vozes filosóficas.

É se insurgindo contra essa visão do animal como mero objeto de apropriação⁴⁰¹, flexibilizando as propostas filosóficas sobre a relação entre o ser humano e os não-humanos e acompanhando orientação do Direito da União Europeia⁴⁰² - ou cumprindo com o dever de diretivas Europeias⁴⁰³ - que Portugal aumenta seu alcance na proteção do bem-estar animal.

O principal instrumento jurídico de proteção dos animais em Portugal se encontra na Lei nº. 92/95, de 12 de setembro, nomeada como “Lei de Proteção dos Animais”, tanto no plano material ou substantivo, onde se prevê, no geral, a proibição de violências injustificadas contra animais, quanto no plano processual. As medidas gerais de proteção dos animais (artigo 1º da LPA) no Direito português, ainda que criticadas por certa doutrina⁴⁰⁴, são agrupadas a outras diversas leis esparsas no aspecto da proteção animal.

Apesar de uma série de legislações esparsas que tocam na relação com os animais, importa sinalizar importantes alterações no contexto do regime jurídico dos animais no

⁴⁰¹ BRANCO, Carlos Castelo. Algumas notas ao Estatuto Jurídico dos Animais. In *Revista do CEJ*, nº. 1, 2017, p. 69.

⁴⁰² Parcela dos defensores da proteção jurídica dos animais defende que a partir da norma eurocomunitária – no âmbito da União Europeia – e a norma europeia – no âmbito do Conselho da Europa – existe um regime jurídico mais sensível à causa animal - prefigurando uma maior proteção dos animais -, algo que deveria ser acompanhando uniformemente pelos territórios dos Estados da União Europeia e do Conselho Europeu.

O legislador da União Europeia parte de duas premissas teóricas distintas: Uma corrente - que parece ser a mais abordada – caminha na linha do *welfarist approach*. Basicamente, essa defenderá a definição de prioridades de tutela dos animais com prudência política e objetividade social, de maneira a perspectivar evolução no direito aplicável à melhoria do bem-estar animal (parte do conceito *animal welfare*) e tornar não prioritária a natureza jurídica animal. A outra corrente defenderá, na linha do *rights approach*, que se reconheça o animal como titular de direitos que o libertem de qualquer nível de exploração, fazendo com que obstem os sofrimentos em prol do benefício dos seres humanos.

⁴⁰³ GOMES, Carla Amado. Animais experimentais: uma barbárie necessária? In *Direito (do) Animal*. Coimbra: Almedina, 2016, p. 105. Embora, para alguns, a preocupação com bem-estar animal no decisor da União Europeia ou através de acordos entre os Estados na seara do Conselho da Europa se encontra desajustada, uma vez que diversos instrumentos normativos ainda deslizam na ótica antropocêntrica do mercado econômico das sociedades contemporâneas (DUARTE, Maria Luísa. Direito da União Europeia e estatuto jurídico dos animais: uma grande ilusão? In GOMES, Carla Amado. DUARTE, Maria Luísa (Coords.) *Animais: Deveres e Direitos* – Conferência promovida pelo ICJP em 11 de Dezembro de 2014. Lisboa: Instituto de Ciências Jurídico-Políticas, 2015, p. 34).

⁴⁰⁴ André Dias Pereira considera essas como mínimas ao nível de proteção dos animais (PEREIRA, André Gonçalo Dias. Tiro aos Pombos - A jurisprudência Criadora de Direito. In *Ars Iudicandi – Estudos em Homenagem ao Professor Doutor António Castanheira Neves*, vol. II. Boletim da Faculdade de Direito, col. *Stvdia Iuridica* – 91. Coimbra: Coimbra Editora, 2010, p. 552).

ordenamento português. Até a Lei nº. 8/2017 Portugal enquadrava-se no pacote dos países alheios ao que se tem assistido nos últimos anos, nomeadamente, com o crescente apelo social – e académico -, bem como o científico para uma certa consideração jurídica em algum sentido próxima da consideração ética com os animais. Já tivemos a oportunidade de ver que os animais durante muito tempo figuravam única e exclusivamente como *res*, fruto do modelo cartesiano influenciador do pensamento ocidental.

Essa perspectiva aparece atualmente nos principais ordenamentos europeus como ultrapassada, não se sustenta mais os animais como máquinas, ao contrário, são seres capazes de experimentar dor e sofrimento. Assim, a *senciência* – reconduzida na capacidade sentir, perceber ou de ter consciência⁴⁰⁵ - parece ser atualmente algo defensável e inquestionável, apesar de ainda caminhar nos avanços científicos.

Em suma, no âmbito jurídico-penal, sem dúvidas, a Lei nº. 69/2014 é de grande importância – afinal trouxe os artigos cujo um deles é objeto de detida análise nesse capítulo, o artigo 387 do CP -, porém não há que se olvidar do recente *Estatuto jurídico dos Animais* que promove alterações no âmbito jurídico-civilista, bem como no jurídico-penal.⁴⁰⁶

2. TUTELA PENAL DOS ANIMAIS: MAUS TRATOS

É possível dizer que a partir de uma consideração histórica⁴⁰⁷ da tutela penal dos animais no ordenamento português, fica indicado que a proteção aos animais que veio sendo aplicada se coaduna com a ideia de proteção indireta. Se levarmos em consideração todo o caminho histórico apresentado contextualizado com o que os animais representavam para os seres humanos, teremos uma convergência de sentido. Todas essas legislações são amparadas pela aceitação social de animais somente como objeto ou meros instrumentos de uso dos homens.⁴⁰⁸

⁴⁰⁵ Nesse sentido, BEKOFF, Marc. *A Universal Declaration on Animal Sentience*: no pretendig., 2013. Disponível em <http://www.psychologytoday.com/blog/animal-emotions/201306/universal-declaration-animal-sentience-no-pretending>.

⁴⁰⁶ Algo reclamado pela doutrina, entre elas MOREIRA, Alexandra Reis. Perspectivas quanto à aplicação da nova legislação. In DUARTE, Maria Luísa. GOMES, Carla Amado (Coords.) *Animais: Deveres e Direitos*: Conferência promovida pelo ICJP em 11 de Dezembro de 2014. Lisboa: Instituto de Ciências Jurídico-Políticas, 2015, p. 154.

⁴⁰⁷ Para se ter uma interessante síntese histórica da proteção penal dos animais v. ALBERGARIA, Pedro Soares. LIMA, Pedro Mendes. Sete Vidas: a difícil determinação do bem jurídico protegido nos crimes de maus tratos e abandono de animais. In *Revista Julgar*. nº. 28, jan.-abr., 2016, pp. 126-131.

⁴⁰⁸ ALBERGARIA, Pedro Soares. LIMA, Pedro Mendes. *Sete Vidas: a difícil determinação do bem jurídico protegido nos crimes de maus tratos e abandono de animais*. Ob. Cit., p.128 enxergam uma eventual

A regra, portanto, era de que o merecimento de tutela penal se daria pela via indireta, os animais representavam meros objetos da ação típica. Esta perspectiva não mudou muito, ao menos não de forma impactante. O que parece ter mudado – ou o que vem mudando –, com intensidade nas reflexões filosóficas do último século, é como os animais são vistos quando se relacionam conosco, aquela já falada busca por uma evolução moral – que muitas das vezes fica a cargo de uma ética das virtudes – determinante para que se enxergue os animais com olhos mais respeitantes – porém sem perder de vista o lado antropocêntrico – alcançou movimentos sociais. Gradativamente culminou com um fomento protetivo nas Convenções e Diretivas Europeias de forma que as legislações domésticas acompanhassem o caráter de *sensibilidade* dos animais e, assim, os protegessem com mais efetividade.

Alguns países vizinhos protegem de forma menos ou mais intensa – a depender de cada ordenamento –, porém sem que possamos afirmar que a regra foi alterada, que os animais são protegidos diretamente. De fato, isso não ocorre. A outrora indicação de proteção indireta tem lugar no Direito penal através da tutela da propriedade – onde o crime de dano é expressivo –, do patrimônio – através do crime de perigo⁴⁰⁹ –, do ambiente – vide os crimes contra a natureza⁴¹⁰, da sustentabilidade da fauna e das espécies cinegéticas⁴¹¹.

Para não perder o foco no ordenamento português, até porque já tentamos fornecer material em outros momentos dessa pesquisa que julgamos ser suficientes para eventual reflexão de outros ordenamentos, é também necessário se afirmar que o cenário atual também não indica que a proteção indireta tenha dado os saltos que os defensores da causa animal desejariam.

Ocorre que com a tentativa de tornar o ser humano aberto para o entendimento de que precisa se preocupar com outros seres vivos – no caso dos animais, protegendo o bem-estar deles ou, como querem alguns, reconhecendo verdadeiros direitos aos animais –, tenta-se, de forma recente, buscar a interpretação – pois não temos a certeza de que assim quis o legislador – da tutela penal dos animais em alguns tipos penais por via da proteção direta (ou imediata) dos não-humanos. É a clara conexão “*do Direito Penal com novos direitos ou com*

proteção direta na legislação quando observam os artigos 1º do Decreto 5650, de 01 de maio de 1919 e 1º, a 9º do Decreto 5864, de 12 de junho de 1919. A interpretação unindo esses artigos parece indicar uma proteção do bem-estar físico dos animais.

⁴⁰⁹ Materializado no artigo 281.º/1 do Código Penal português de 1982.

⁴¹⁰ O artigo 278.º/1/a/b do Código Penal português de 1982 prevê essa modalidade. Independentemente dessa, Pedro Verdelho eventual possibilidade de criminalização visando a proteção do lobo ibérico de forma especial das oriundas do artigo 278.º/1/a do CP/1982 no âmbito da proteção ao ambiente.

⁴¹¹ Crimes contra a preservação desses bens jurídicos, pela lei de Bases Gerais da Caça (lei 173/99, de 21 de setembro), por exemplo.

*novas perspectivas sobre direitos*⁴¹²”. Por exemplo, o crime de promoção ou participação em lutas entre animais – artigo 31º, n.º 1 e 2⁴¹³ - torna a situação de explicar a proteção animal através do interesse do ser humano em algo duvidoso, não seria estranho pensar que nessa incriminação se está tutelando diretamente o bem-estar dos animais⁴¹⁴, outro exemplo que vem incomodando a explicação pela via da proteção indireta é a criminalização da conduta que aqui dá sentido a essa pesquisa, o crime de maus tratos aos animais – no caso português, crime de maus tratos de animais de companhia.

Já tivemos oportunidade de ver o que essa específica relação de tutela indireta e direta gera como consequência na teoria que se aceita – em Portugal também - como análise crítica da legislação, nomeadamente, a teoria do bem jurídico. Quando discutimos nesse tipo penal se é o bem-estar dos animais ou se são os interesses dos homens que estão delimitados como objeto de proteção, estamos, na verdade, discutindo algo no plano da fundamentação da criminalização por via do debate de qual bem jurídico que é protegido. É algo que tem tomado tempo de doutrinas especializadas e que, inclusive, defendem a possibilidade desse tipo penal ser exemplo de incriminação sem bem jurídico⁴¹⁵ – no momento não tocaremos, destinaremos mais para a frente algumas linhas nesse debate.

O Código Penal português na sua versão original – fruto do DL n.º. 400/82 de 23 de setembro – já possuía alguma interpretação que demonstrava preocupação jurídico-penal com a conduta de se maltratar animais.⁴¹⁶

⁴¹² Ainda que não tenha direcionado tal comentário para as incriminações com animais como bem jurídico é o que dá conta Maria Fernanda Palma quando se debruça sobre as novas criminalizações, cfr. PALMA, Maria Fernanda. Conceito material de crime e reforma penal. In *Anatomia do Crime*, n.º 0, jul.-dez., 2014, p. 12.

⁴¹³ “*Quem promover, por qualquer forma, lutas entre animais, nomeadamente através da organização do evento, divulgação, venda de ingressos, fornecimento de instalações, prestação de auxílio material ou qualquer outra atividade dirigida à sua realização, é punido com pena de prisão até 3 anos ou com pena de multa*” (n.º 1)

“*Quem participar, por qualquer forma, com animais em lutas entres estes é punido com pena de prisão até 2 anos ou com pena de multa*” (n.º 2)

⁴¹⁴ Uma interpretação de proteção indireta nesse tipo penal se dá por via de uma interpretação que analisa a classe dos animais que estariam na preocupação legislativa, os animais perigosos ou potencialmente perigosos – definidos no artigo 3.º/b/c do mesmo diploma – colocariam em perigo a integridade física – ou até mesmo a vida – das pessoas. Nesse sentido ALBERGARIA, Pedro Soares. LIMA, Pedro Mendes. *Sete Vidas: a difícil determinação do bem jurídico protegido nos crimes de maus tratos e abandono de animais*. Ob. Cit., p. 130.

⁴¹⁵ Conforme introdução ao tema feita por GRECO, Luís. Princípio da Ofensividade e Crimes de Perigo Abstrato – uma introdução ao debate sobre o bem jurídico e as estruturas do delito. In *RBCCrim*, ano 12, n.º. 49, 2004, pp. 116 e ss. O Autor, em posterior publicação, se manifestou construindo um raciocínio pela via da proteção direta dos animais, cfr. Proteção de bens jurídicos e crueldade com animais. In *Revista Liberdades*, n.º. 3, jan.-abr., 2010, pp. 47-59.

⁴¹⁶ Não nos deteremos aos artigos 271.º e 272.º que puniam o crime de difusão de epizootias, em detalhes v. Cfr. GASPAR, Alfredo. Sobre o crime de maus tratos. In *Revista de Direito Comparado Português e Brasileiro*, tomo XXXV – n.º 199-204, jan.-dez., 1986, pp. 166 e 167.

Os maus tratos definidos como a prática – mesmo que não violentas – capaz de causar consequências no âmbito mental⁴¹⁷ - como, por exemplo, a angústia sentida por uma ameaça de morte – ou no âmbito físico – v.g. o sofrimento físico por um espancamento – do animal, eram tratados genericamente como danos. Tentava-se evitar tais condutas através da previsão dos artigos 308.º a 310.º.⁴¹⁸ A proteção se destinava aos atos praticados pelos seres humanos, os outros animais, obviamente, estariam excluídos de serem considerados sujeitos ativos do delito, por força das exigências do equilíbrio biológico reconduzidas nas relações dos animais selvagens entre si. Esse destaque feito por último já indica que os animais selvagens não são abrangidos como objeto da proteção da norma, ou melhor, como algo que possa ser considerado coisa para fins da punição. Parece que já se manifestava o tratamento diferenciado aos animais no contexto doméstico – sejam os domesticados ou domesticáveis.

Pretendia-se punir com o artigo 308.º n.º 1 “*quem destruir, danificar, desfigurar ou tornar não utilizável coisa alheia será punido com prisão até 2 anos ou multa até 90 dias*”. Restavam, portanto, inseridos nessas *coisas móveis* os animais com dono – sendo considerado a propriedade como a relação de exclusividade entre uma pessoa e uma coisa, objeto do seu domínio, de maneira a satisfazer suas necessidades.

Na concepção clássica de dano, a “destruição” é o grau mais significativo, tendo na “danificação” o seu termo mais brando, contudo, quando se relaciona com os animais entende-se a destruição, evidentemente, como a morte do animal e a danificação pode ser entendida como os danos provocados na sua estrutura, através de atos como desfigurar – que pode ser interpretado como algum tipo de mutilação - e inutilizar – algo, a bem da verdade, estranho à natureza de ser vivo.⁴¹⁹

Desse tipo penal é possível enxergar algumas características, a primeira dirige-se ao não alcance da norma protetiva aos animais *próprios* – que mais tarde, na legislação atual, pôde ser “consertada” -, só poderiam ser considerados coisas para configurar dano na propriedade de outrem, isto é, se o sujeito ativo fosse o próprio dono não estaria configurado

⁴¹⁷ Sem maiores detalhes psíquicos ou psicológicos.

⁴¹⁸ Algo similarmente punido já era encontrado no Código Penal português de 1886, através dos artigos 478.º a 481.º.

⁴¹⁹ Se pensarmos numa característica comum quando se trata de crimes de dano, a incidência da necessidade de uma certa relevância do resultado danoso (*minima non curat praetor*) ou como também se fala, a observância do princípio da bagatela, torna-se a adaptação desse tipo aos animais algo mais estranho ainda se comparado com a sua natureza. Até onde é considerado um dano no animal que seja considerado insignificante? De fato, é verdade que para fins de configuração de crime de dano isso pouco importaria, pois, a insignificância atua na medida da lesão ao bem jurídico que nesse tipo penal é a propriedade. Sujar a camisa alheia pode ser equiparada ao ato de tancar tinta no animal e, assim, restaria configurada a aplicação do aludido princípio, porém esse ato no animal pode levar, na casuística, a lesões na pele ou, em última consequência, na estrutura do animal.

o crime de dano, mesmo que o animal tenha sido torturado até a morte pelo dono. A segunda, é a claríssima visão antropocêntrica na escolha de quem a legislação quis proteger com a incriminação, materializada obviamente pela equiparação de animais com coisas e vista também na regra procedimental de natureza semipública, dependente de queixa – do dono –, não havendo espaço para uma ação penal pública. Evidentemente, até por ser tratar de crime de dano, o bem jurídico resguarda um interesse do ser humano, nomeadamente, a propriedade.

Nessa linha, não há como chegar a outra conclusão senão a de que a nível de proteção dos animais os artigos 308.º a 310.º eram insuficientes.

Atualmente, e já contextualizando com o pretexto desse capítulo, analisaremos a “nova” incriminação positivada pela Lei nº. 69/2014, de 29 de agosto e completada com a lei 110/2015, de 26 de agosto. Trata-se de legislação que merece o rótulo de marco histórico do “Direito animal” em Portugal, pois trouxe ao Código Penal o título VI – *Dos crimes contra os animais de companhia* – materializados nos tipos penais de maus tratos e abandono de animais, regulados pelos artigos 387º a 389º.

Acreditando numa linha de raciocínio e tentando alcançar a didática, analisaremos a seguir algumas questões que circundarão a hermenêutica para depois chegarmos ao conflito de qual bem jurídico se protege no tipo penal de maus tratos aos animais de companhia – mesmo sabendo que a fundamentação precede o âmbito da análise hermenêutica.

3. O ILÍCITO-TÍPICO DO ARTIGO 387.º DO CP

3.1 Conceito de animais de companhia

Ainda que o tema reclame uma análise se é isolável ou não um bem jurídico na incriminação em comento, não a faremos agora. Iremos propor, no momento, uma análise hermenêutica dessa incriminação, acreditando num eventual aproveitamento prático.

Um dos reflexos considerados negativos do tipo legal dos maus tratos aos animais no ordenamento português é o fato da própria *definição* de animal constante do artigo 389.º, nº. 1 do Código Penal. Limita-se essa específica proteção para uma certa classe de animais, nomeadamente, os animais de companhia.

Conceitualmente falando se aceita que sejam aqueles animais *detidos ou destinados a ser detidos pelo ser humano*, ao menos é nesse sentido a norma complementar materializada no artigo 389º, nº. 1 do Código Penal⁴²⁰. Tal definição não é estranha ao Direito português, uma vez que do DL nº. 276/2001⁴²¹ no seu artigo 2º, nº. 1, al. a) já se referia nesse sentido, seguindo o texto legal do artigo 1º, nº. 1 da Convenção Europeia para a Proteção dos Animais de Companhia.

O que se pode sistematizar desse conceito para efeitos penais é que: 1) qualquer que seja o animal *detido* pelo ser humano; 2) qualquer animal *destinado a ser detido* pelos seres humanos; e 3) se detido ou destinado a ser detido, precisa estar no contexto do lar de um determinado ser humano, para entretenimento e companhia do mesmo. Obviamente, cada caso dirá se tratar ou não de animal que preencha tais requisitos, independentemente da espécie ou subespécie de animal em causa.

A restrição do alcance normativo somente aos animais de companhia é criticada pela doutrina⁴²², vez que não abrangeria todas as espécies de acordo com a orientação de sciência e por não se saber se abrangeria somente animais de estimação vertebrados – que vão das aves aos anfíbios -, se também os invertebrados, ou se abrangeria os equinodermos, ou ainda, os artrópodes. Afinal qualquer um desses pode ser utilizado para fins de companhia e entretenimento. O legislador alemão, optou, por exemplo, em restringir aos animais vertebrados⁴²³, ao passo que o legislador italiano buscou na generalidade das espécies animais⁴²⁴, em ambos os casos procurou-se escapar das críticas negativas da limitação da tutela penal dos animais.

⁴²⁰ Art. 389º, nº. 1: “qualquer animal detido ou destinado a ser detido por seres humanos, designadamente no seu lar, para seu entretenimento e companhia”.

⁴²¹ Decreto lei com escopo de estabelecer normas legais visando a aplicação da *Convenção Europeia para a Proteção dos Animais de Companhia*. (Em Portugal essa Convenção foi ratificada através do DL nº. 13/93, de 13 de abril).

⁴²² Nesse sentido MOREIRA, Alexandra Reis. Perspectivas quanto à aplicação da nova legislação. In GOMES, Carla Amado. DUARTE, Maria Luísa (Coords.) *Animais: Deveres e Direitos* – Conferência promovida pelo ICJP em 11 de Dezembro de 2014. Lisboa: Instituto de Ciências Jurídico-Políticas, 2015, p. 159. A Autora aduz que o conceito é restritivo e contradiz os preâmbulos do Projeto de lei nº. 474/XII, onde se referia à “*natureza própria dos animais enquanto seres vivos sensíveis*” e reclamava um quadro jurídico compatível com tais especificidades. A Autora ainda opta por sinalizar que a determinação normativa escolheu uma perspectiva marcadamente utilitarista, cf. *Idem*, p. 158 e, especialmente, pp. 161-162.

⁴²³ (§ 17 *Tierschutzgesetz*) Algo também criticável sob o ponto de vista animalista, pois se limita aos invertebrados. Porém, do ponto de vista jurídico parece ser mais ajustado tal escolha. Defendendo que a legislação portuguesa deveria seguir os passos da Alemanha, MOREIRA, Alexandra Reis. *Perspectivas quanto à aplicação da nova legislação*. Ob. Cit., p. 159.

⁴²⁴ artigo 544-ter CP: “quem, por crueldade ou sem necessidade, causa lesões a um animal, ou seja, submetê-lo a sevícias, comportamentos, fadigas ou trabalhos insuportáveis atendendo às respectivas características etológicas” (tradução nossa). Dessa maneira, todos os animais, sem distinção de espécie, são tutelados.

De momento podemos fazer uma prévia conclusão, esta definição escolhida pelo legislador português pressupõe que na intenção dele estava o estado de consideração dos animais como meros objetos das ações típicas e não como verdadeiros sujeitos passivos. Nessa linha, se tivéssemos que falar em bem jurídico nesse momento, presumiríamos que o tipo penal parece tutelar os sentimentos de compaixão ou solidariedade (sentimentos coletivos) como bem jurídico coletivo. Isso por ser em função de interesses humanos – “para seu entretenimento e companhia” – que se escolhe a classe de animais protegidas pelo tipo.⁴²⁵

A interpretação do tipo penal em comento coloca em causa se “*designadamente no seu lar, para seu entretenimento e companhia*” abraçaria a compreensão de todos os animais, destinados a serem detidos por seres humanos, independentemente do seu concreto destino ou até o momento em que lhes seja atribuída uma específica finalidade? Um problema prático dessa indeterminação conceitual feita pelo legislador português possibilita refletir sobre os casos dos animais de circo. A bom rigor, são animais detidos ou com capacidade de serem detidos, mas que parecem ficar alheios ao interesse protetor da norma portuguesa, pois acreditamos essa contextualização não foi pretendida, pois o animal para ser realmente de companhia deve ter potencial para tanto, algo que parece ser manifestado a partir de relações afetivas com algum grau de consciência.⁴²⁶ Nesse contexto, parece ter andado bem a legislação espanhola que nos seus artigos 337º e 337º *bis* do CP⁴²⁷ detalhou na alínea c) a extensão da proteção aos animais “*que temporária ou permanentemente vivam sob controle humano*”.

Se hipoteticamente aceitarmos a compreensão de que o tipo penal abrange todos os animais destinados a serem detidos por seres humanos para seu entretenimento e companhia, não importando qual o destino que se dê aos mesmos, estar-se-á diante da tutela de todos os animais que possuam classificação legal de animais de companhia, atendendo os termos do DL nº. 276/2001, de 17 de outubro, incluindo animais “errantes” (ou vadios)⁴²⁸. Porém, não parece ser essa a compreensão pretendida. A definição restritiva delineada pelo legislador certamente deixará condutas que visem esses animais “*errantes*” impunes, incluindo as espécies que primeiramente se pensa quando se fala em animal de companhia, qual seja, cães

⁴²⁵ Nessa mesma opinião ALBERGARIA, Pedro Soares de. LIMA, Pedro Mendes. Sete vidas: a difícil determinação do bem jurídico protegido nos crimes de maus tratos e abandono de animais. In *Revista Julgar*, nº. 28, 2016, p. 157.

⁴²⁶ ALBERGARIA, Pedro Soares de. LIMA, Pedro Mendes. Sete vidas: a difícil determinação do bem jurídico protegido nos crimes de maus tratos e abandono de animais. *Ob. Cit.*, p. 158.

⁴²⁷ Alteração proveniente da entrada em vigor da Lei Orgânica 1/2015, de 30 de março.

⁴²⁸ Assim considerados pela alínea c) do nº. 1 do artigo 2º do DL nº. 276/2001.

e gatos.⁴²⁹ Em que pese isso, os animais “*errantes*” e “*vadios*” – aqueles que nunca tiveram um detentor - devem ser entendidos como inseridos na definição proposta pelo artigo 389.º, n.º 1 do CP, por duas vias: uma considerando, seja lá qual for a sua espécie, que seja efetivamente detido pelo ser humano com o fim de servir para animal de companhia e que esteja no contexto do lar e para o entretenimento e, outra, considerando que por uma específica espécie esteja destinado a ser detido pelo ser humano como animal de companhia, mesmo que não tenha sido na prática detido por ninguém.

Outro problema imposto pela finalidade dada aos animais é visto na doutrina, como regra geral, criticável com base no argumento de que haveria falta de nexo punir de forma diferente – a depender da classe de animais agredidos – as mesmas condutas de violência injustificada, privilegiando, assim, os animais com a função social de companhia. Nesse cenário, encontra-se outra problemática: estaria fora do alcance normativo a proteção contra maus tratos – injustificados – em cavalos, vacas, burros, etc.

Se olharmos com a devida atenção, há um aparente conflito imposto na delimitação oportunizada pelo n.º 2 do artigo 389 do CP, parece ser letra de texto a mais, pois se a vontade era separar os animais de companhia dos demais animais – especificamente, dos, embora destinados ao entretenimento e companhia do ser humano, com outros fins -, o texto do n.º 1 do mesmo artigo parece cumprir essa missão. Basicamente, se tem dessa norma a interpretação de que os animais mesmo possuindo a “natureza” de animais de companhia, estarão sem a proteção da tutela penal quando forem destinados a outros fins, ou se tem a interpretação que da norma do n.º 2 do artigo 389 se exclui a conduta de maus tratos como crime quando os animais forem destinados naqueles fins expressamente previstos, contudo essa exclusão nos parece já observada quando o artigo 387 n.º 1 dispõe “*sem motivo legítimo*”.

Fazendo lembrança ao início desse tópico, acreditando numa didática que nos pareceu correta, não tocaremos na questão do bem jurídico subjaz ao tipo em análise. Feita essa ressalva, podemos concluir que, por todo o exposto, se constatada a necessidade da intervenção jurídico-penal, estar-se-ia diante de incongruente restrição da tutela penal. O legislador português teria andado melhor se restringisse a tutela penal aos animais vertebrados⁴³⁰ – atendendo, inclusive, a escolha alemã -, deixando que as diferenças ficassem

⁴²⁹ Para mais detalhes sobre animais considerados errantes v. MOREIRA, Alexandra Reis. *Perspectivas quanto à aplicação da nova legislação. Ob. Cit.*, pp. 161-163.

⁴³⁰ Esse é, inclusive, o parecer do Conselho Superior da Magistratura sobre os projetos de leis – nomeadamente, os PLs n.ºs 474/XII e 475/XII – conforme se retira da conclusão e) (Disponível em <http://www.parlamento.pt/ActividadeParlamentar/Paginas/Detalheiniciativa.aspx?BID=38087>.)

salvaguardadas pela cláusula geral de ausência de um “motivo legítimo”, similar ao que ocorre com a norma incriminadora italiana⁴³¹.⁴³² Em suma, não deveria ter limitada a proteção somente aos animais de companhia.

3.2 Motivo legítimo

O artigo 387.º, n.º 1 do CP estabelece no tipo base do crime de maus tratos aos animais de companhia que “*quem, sem motivo legítimo, infligir dor, sofrimento ou quais outros maus tratos físicos a um animal de companhia...*”. Coloca-se, assim, que esses animais – já feita as restrições conceituais em item anterior – não devem ser protegidos contra qualquer prejuízo contra seu bem-estar. O tipo penal deve assegurar que aos animais não sejam provocadas dores, sofrimento ou danos que ultrapassem a medida admissível *sem motivo legítimo*.

Resta, portanto, enfrentar essa cláusula que legitima eventuais maus tratos aos animais de companhia. Uma definição de motivo legítimo contido no CP não foi verificada, talvez pelo fato de que, devido as inúmeras formas de ocorrência de um motivo legítimo, não seja possível enumerá-los de forma concludente e exaustiva no código. Talvez o outro fator seja o de assim – num conceito indefinido – se manter possível eventual adequação às circunstâncias sociais em constante alteração. O que parece termos como ponto de partida de definição é aquilo que já comentamos a respeito da aferição por via de uma ideia de *necessidade*, em outros termos, a partir de uma finalidade permitida.

Dessa forma, quando o autor do delito praticar a conduta típica imbuído de um motivo legítimo terá, por consequência, excluída sua responsabilidade penal. Entrarão nessa seara de legitimidade do motivo os casos relacionados com previsto no n.º 2 do artigo 389 do CP – “(...) *com a utilização de animais para fins de exploração agrícola, pecuária ou agroindustrial*” -; os também advindos na normativa do 389.º, n.º. 2 – “(...) *com a utilização de animais para fins de espetáculo comercial*” -; nos relacionados com normas advindas de leis esparsas como, por exemplo, a Lei 92/95 (Lei de Proteção dos Animais), que no seu artigo 1.º, n.º 3, e) dispõe a proibição do uso do animal para situações passíveis de infligir

⁴³¹ Cfr. expõe RIVA, Carlo Ruga. A tutela penal dos animais no ordenamento jurídico italiano. In *Anatomia do Crime*, nº 4º, jul.-dez., 2016, p. 135. Pela abrangência que a norma penal tutela as espécies animais nesse ordenamento, a interpretação do requisito [sem] “necessidade” é usada como cláusula normativa para identificar e talvez considerar, caso a caso, aceitabilidade social que irá variar de acordo com a estrutura do animal.

⁴³² Em que pese a opção pela generalidade dos animais não ser descartada.

dor ou sofrimento, “(...) salvo [para] experiência científica de comprovada necessidade”; no artigo 6.º, n.º 1 da mesma legislação se aceita que donos promovam e, obviamente, por via de manuseio do bem-estar animal, a esterilização do animal – ainda que aqui caiba discussão se efetivamente a esterilização se configura como maus tratos. A nosso sentir, faltaria o *animus* de maltratar.

No DL 276/2001 (de 17 de outubro) cuja finalidade é estabelecer normas legais tendentes a pôr em aplicação em Portugal a Convenção Europeia para proteção dos animais de companhia surge uma situação que podemos verificar sendo legitimadora de maus tratos, no artigo 19.º, n.º 1 se estabelece a atribuição de câmaras municipais recolherem, capturarem e abaterem animais de companhia “(...) sempre que seja indispensável”, logo, se aceita-se o abate compulsivo, por muito mais razão se interpreta eventuais maus tratos como motivo legitimado por tal dispositivo.

Em alguma doutrina se utiliza caça como exemplo de motivo legítimo para a utilização de animais - num determinado período temporal – conforme se observa do artigo 1.º f) da Lei 92/95.⁴³³ A nosso sentir, esse motivo legitimador ficaria mais adequado se houvesse um tipo penal que criminalizasse a conduta de matar – dolosamente – o animal. Além disso, não se enquadraria no conceito de animais de companhia, somente se, como falamos anteriormente, alargasse tal conceito para animais que podem ser detidos para fins de entretenimento ou até de companhia.

Uma situação que pode surgir é a que se relaciona com os fatos de adestramento de animais ou fatos esporádicos de correção animal – que, em regra, se amolda perfeitamente aos animais de companhia -, onde são utilizadas técnicas passíveis de se encaixar no sentido de “infligir dor, sentimento ou quaisquer outros maus tratos físicos” aos animais.⁴³⁴ Ainda que o 1.º, n.º 3 e) da Lei 92/95 proíba atos em que se utilize animais “(...) para fins de treino”, há sobre o proprietário – ou detentor – o dever de correção do animal face ao dever legal de vigilância. Acreditamos que essa situação ficaria resolvida através da análise do elemento subjetivo contido no artigo 387.º, n.º 1 do CP, a punição prevista é para atuações dolosas conscientes - ainda que se pense no dolo eventual, careceria da aceitação do

⁴³³ Como o faz FARIAS, Raul. Dos crimes contra animais de companhia. In GOMES, Carla Amado. DUARTE, Maria Luísa (Coords.) *Animais: Deveres e Direitos* – Conferência promovida pelo ICJP em 11 de Dezembro de 2014. Lisboa: Instituto de Ciências Jurídico-Políticas, 2015, p. 145.

⁴³⁴ Por exemplo, se pensarmos nas situações de uso de coleiras ou outros dispositivos anti-latidos. Essa preocupação pode reclamar balizas ao Direito Europeu, onde através do artigo 7.º da Convenção Europeias para Proteção dos Animais de Companhia se proíbe “meios artificiais que provoquem ferimentos ou dor, sofrimento ou angústia” aos animais.

resultado previsto – em causar dor, sofrimento ou qualquer outro maus tratos físicos. Além disso, faltaria na essência do ato praticado aquela natural violência dos maus tratos, devendo, para tanto, respeitar as capacidades de cada animal – no caso de adestramento – ou a escolha de meios que não provoquem significativas lesões no animal. Teria andado melhor o legislador português que positivasse alguma indicação de consequências lesivas capaz de equacionar essas circunstâncias, como, por exemplo, fez o legislador alemão quando limitou a conduta às “*consideráveis* dores ou sofrimento”⁴³⁵.

Não se pode olvidar, por fim, no contexto da consideração de motivo legítimo que, obviamente, um ato que constitui delito do artigo 387.º pode ser justificado no que tange as questões que envolvem a *exclusão da ilicitude penal*, sobretudo, no contexto de maus tratos aos animais, a *legítima defesa*. Evidente que a partir desse instrumento de autotutela dos interesses ameaçados, o animal que coloca em ameaça o interesse de um ser humano, desde que balizados pelos requisitos de aplicação da legítima defesa, poderá sofrer algum ato que lhe cause dor, sofrimento ou qualquer outro maus tratos físicos – o excesso no exercício da justificadora ficaria a cargo da análise casuística.

3.3. Questões pontuais

- a) Crime comum
- b) Crime de mera atividade
- c) Crime doloso
- d) Crime comissivo

Quando nos referíamos ao ponto a) estamos diante da indicação do potencial sujeito ativo do delito em comento. Partindo da premissa – hipotética até aqui – de que o legislador quis proteger diretamente o bem-estar animal, tanto o proprietário – ou detentor – quanto qualquer outra pessoa podem cometer o delito de maus tratos.

⁴³⁵ *TierSchG*. Ainda que, a bem da verdade, isso não acabe com eventuais celeumas práticas do ordenamento alemão, cfr LÖÖCK, Carmen. *Das Tierschutzstrafrecht nach Einfügung der Staatszielbestimmung, Tierschutz' in das Grundgesetz (Art. 20a GG). Theorie und Praxis*. Hamburg: Verlag Dr. Kovač, 2016, p. 80.

Algo que não ocorre nos tipos penais que se relacionam com os animais e que levam em consideração a visão do animal como coisa – resguardado pela proteção da propriedade –, como, por exemplo, o crime de dano do artigo 212.º do CP. A lesão ao bem jurídico, nessas circunstâncias, fica condicionada – independentemente da forma que seja o dano – ao ataque de bem jurídico alheio.

No que tange ao ponto b), apesar de se achar na doutrina quem defenda o crime de maus tratos aos animais como crime de resultado⁴³⁶, entendemos ser melhor classificado como *crime de mera atividade*. Quando se analisa a estrutura do tipo em relação ao objeto da ação – estrutura e funcionamento corpóreo do animal de companhia – entende-se, aqui, que a consumação da conduta esteja no ato de infligir dor, sofrimento ou qualquer outro maus tratos físicos, sem a necessidade de um evento material – alteração externa espaço-temporal - além do comportamento.

Evidente que no âmbito do processo penal, especificamente no decorrer da investigação, salvo lesões grosseiras aos olhos leigos, é importante que haja informações extramuros do meio jurídico, reclamando o apuramento da existência de dores e sofrimento, bem como – a depender do caso concreto – o estabelecimento de nexos causal entre a conduta praticada e as consequências lesivas no animal. Esse gancho é importante quando se pensa em consequências lesivas que não sejam só físicas, por exemplo, como ocorre com *stress* intenso. Os conhecimentos técnicos ou científicos oportunizados pelas perícias resolveriam tais problemas práticos quando a análise médico-veterinária fosse utilizada como meio de prova. Ao contrário do que se vê em alguma doutrina, não entendemos que o artigo 387.º, n.º 1 do CP não resguardou os danos psicológicos⁴³⁷, a “(...) dor, [o] sofrimento”, a nosso sentir resguardariam danos desse tipo – ainda que, de fato, o mundo psíquico dos animais seja especialmente complexo e incerto –, até porque a constatação – no caso dos animais – de dor pode ser deduzida por analogia das dores do homem⁴³⁸ e também por alterações comportamentais do animal, algo que um veterinário seria capaz de esclarecer. O mesmo

⁴³⁶ FARIAS, Raul. *Dos crimes contra animais de companhia*. Ob. Cit., p. 144.

⁴³⁷ Nesse sentido, MOREIRA, Alexandra Reis. *Perspectivas quanto à aplicação da nova legislação*. Ob. Cit., pp. 163 e ss; ALBERGARIA, Pedro Soares. LIMA, Pedro Mendes. Sete Vidas: a difícil determinação do bem jurídico protegido nos crimes de maus tratos e abandono de animais. In *Revista Julgar*. n.º. 28, jan.-abr., 2016, p. 162.

⁴³⁸ Acompanhado LÖÖCK, Carmen. *Das Tierschutzstrafrecht nach Einfügung der Staatszielbestimmung, Tierschutz' in das Grundgesetz*. Ob. Cit., p. 77.

sobre a ajuda pericial de um veterinário pode ser usado nos sofrimentos⁴³⁹ que não são sentidos só fisicamente, se inclui o bem-estar psíquico do animal.

Nesse âmbito do sofrimento, pode-se refletir nas situações – que para alguns são impensáveis – que os animais são utilizados na manutenção de práticas sexuais⁴⁴⁰. Parece que seria uma maneira de não deixar de fora do âmbito típico tais hipóteses, o melhor, certamente, seria que o legislador tivesse positivado, ainda que em outro âmbito que não o jurídico-penal.

Em relação ao ponto c) parece não haver discussão que o artigo 387.º, n.º 1 do CP segue a regra de só se punir fato praticado como dolo. O autor da conduta de maus tratos aos animais tem que querer ou aceitar infligir dor, sofrimento ou qualquer outros maus tratos físicos.

Esse item é relevante para o tipo legal descrito n.º 2 do artigo 387.º do CP, que considera o resultado “*morte do animal, a privação de importante órgão ou membro ou [ainda] a afetação grave e permanente da sua capacidade locomoção*”. Trata-se de crime preterdoloso (ou preterintencional), onde se há dolo na conduta e culpa no resultado. O agente aqui não quis o resultado morte ou as outras consequências descritas no tipo penal, ao contrário, tinha o *animus* de maltratar – causando dor, sofrimento ou quaisquer outros maus tratos -, mas não pretendia matar. Entretanto, a polêmica não mora nesse quadrante, abre espaço para situações na prática que se durante o processo o réu constituir valores probatórios capazes de demonstrar que não tinha dolo no resultado morte, o mesmo responderá a título negligente, pois existe um vácuo legislativo na morte dos animais de companhia a título doloso.

O legislador português parece ter esquecido de prever punição para conduta de matar a título doloso. Trata-se de proibição dolosa nos maus tratos e não proibição dolosa no ato de matar. Em situações que o autor do delito atuou com intenção deliberada de matar, sem pensar em maltratar, ou seja, matou repentinamente, ficará excluído da punição penal. Em suma, pune-se quem queria de forma deliberada maltratar um animal, porém não se pune se a intenção era deliberadamente matar o animal. Evidentemente que as teses defensivas

⁴³⁹ Entendidos aqui como efeitos e fatores, não abrangidos pelo conceito de dor, que vão além de uma indisposição e tende a perdurar no tempo, ou seja, efeitos e fatores que prejudicam o bem-estar animal que são contra a espécie do animal e contrários aos seus instintos.

⁴⁴⁰ Cfr. sinalizam FARIAS, Raul. *Dos crimes contra animais de companhia*. Ob. Cit., p. 145; e ALBERGARIA, Pedro Soares. LIMA, Pedro Mendes. *Sete Vidas: a difícil determinação do bem jurídico protegido nos crimes de maus tratos e abandono de animais*. Ob. Cit., p. 162.

caminharão se utilizando do argumento de falta de previsão legal – logo, atipicidade – nesses casos.

Ainda é de se falar que no n.º 1 do artigo 387.º, onde se pune a conduta dolosa, a pena de prisão prevista é de até um ano, e no n.º 2 do mesmo artigo que, embora trate do resultado morte, a punição – se o autor tiver atuado maltratando dolosamente o animal antes da morte – que será pela via da negligência, resultará numa pena de prisão em abstrato de até 2 anos. Algo que pode levar a punição desproporcional quando se pensa em punições de condutas dolosas e culposas.

Algo que se complica se o agente do delito não for próprio proprietário – ou detentor –, pois se for um terceiro, esse poderá responder por crime de dano –previsto no artigo 212.º do CP – já que se trata – nessas circunstâncias – de bem jurídico alheio. Sem a pretensão de prender ao debate de bem jurídico nesse momento, o que vale é uma possível desproporcionalidade, já assinalada pela doutrina⁴⁴¹.

Ainda em sede da desproporcionalidade, deve-se ter em mente que reconhecer os animais como objeto de proteção do ordenamento, seja indiretamente pelo ser humano ou diretamente pelos animais, faz com que se aceite algumas analogias com o ser humano. Se a vida e a integridade física dos animais demandam proteção, deve-se pensar na proporcionalidade dirigida aos valores vida, integridade -corporal - e patrimônio do ser humano. Aos animais deveria ser considerada a mesma proporcionalidade? Isso, na nossa visão, passa pela concepção em se adotar uma proteção indireta ou direta aos animais. Independentemente, tem-se em conta que no crime de dano do artigo 212.º do CP a pena abstrata é de até três anos e, ainda, que no crime de dano qualificado do artigo 213.º do CO a pena é de até cinco anos, algo que se mostra, ao menos, inusitado quando se observa a pena em abstrato de até dois anos.

Desde Beccaria, que proporcionalidade entre crime e pena é idealizada como necessária na aplicação penal,⁴⁴² razão pela qual potencializa ainda mais uma eventual desproporcionalidade. Responder se há desproporcionalidade, ao nosso ver, passa pela compreensão de qual sujeito passivo se fala no crime de maus tratos do código penal português. Se o objeto de proteção do crime de maus tratos é a vida e a integridade física do animal (propriamente dito) teremos uma violação frontal ao conceito da proporcionalidade na esfera penal. Entende-se que a vida não é um valor, na significação social de qualquer

⁴⁴¹ MOREIRA, Alexandra Reis. *Perspectivas quanto à aplicação da nova legislação*. Ob. Cit., p. 166.

⁴⁴² Informação tirada de BRANDÃO, Cláudio. *Curso de Direito Penal: parte geral*. 2.ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 36.

sociedade que seja, inferior ao valor propriedade - de alguma coisa, razão pela qual, não faria sentido algum defender uma eventual proporcionalidade nas penas abstratas legisladas.

Ao contrário, se o objeto de proteção da norma penal em comento for algum interesse do ser humano e, portanto, demandando uma proteção reflexa (indireta) aos animais, a (des)proporcionalidade não fica tão clara. Pensar que eventual sentimento de mal-estar dos seres humanos é mais importante - axiologicamente falando - do que a propriedade objeto de proteção do artigo 212.º do CP não é algo que possa se exprimir facilmente.

Por fim, no ponto d) não se discute que o crime é comissivo, o agente numa ação em sentido estrito comete o crime de maus tratos aos animais de companhia quando positivamente pratica um ato que leve a dor, sofrimento ou quaisquer maus tratos.

Contudo, *a priori*, também não haveria dificuldade em pensar no agente cometendo o delito em comento por via de uma inatividade, como, por exemplo deixar de alimentar o animal de companhia com o dolo de causar dor ou sofrimento. Porém, se fizermos uma análise mais ampla, poderemos encontrar uma situação que cause algum debate na prática. Considerando que o artigo 388.º traz a previsão de crime de abandono de animais de companhia (“*Quem, tendo o dever de guardar, vigiar ou assistir animal de companhia, o abandonar, pondo desse modo em perigo a sua alimentação e a prestação de cuidados que lhe são devidos*”), que é um crime cujo resultado não se consuma com o mero ato de abandonar e sim com a necessária criação de perigo para alimentação ou cuidados que o proprietário – ou detentor – precisa observar, pode ocorrer de em um mesmo ato o agente do delito praticar por via omissiva os maus tratos aos animais infligindo dor ou sofrimento e criar perigo a alimentação a prestação de cuidados. Acreditamos nessa situação ser caso de subsidiariedade do delito de abandono de mau tratos aos animais.

Entretanto, nessa mesma linha de raciocínio, a situação pode ficar um pouco mais sensível, se o agente do delito for um terceiro que está cuidando do animal por certo tempo – e agora não se pensa em proprietário – e por via do abandono/maus tratos o animal vier a óbito, ter-se-á um outro cenário prático. Esse terceiro cometerá crime de dano – artigo 212.º - e ao mesmo tempo maus tratos agravado pelo resultado – artigo 387.º, n.º 2 -, razão que suscitará a dúvida por qual crime responderá. Pela impossibilidade do agente ser punido por dois crimes pelo mesmo fato, acreditamos que a melhor saída é o crime de dano ficar absorvido – pelo princípio da consunção.

Um último problema prático⁴⁴³ que nos parece importante é na hipótese de mais de um animal ser atingido pelo ato de maus tratos. Estar-se-ia diante de um concurso de crimes ou da prática de um único crime? Essa resposta dependerá de qual bem jurídico a norma protege.

3.4. Bem jurídico tutelado

É legítima a tutela penal dos animais?

Em que pese já termos nos manifestado nessa pesquisa a respeito da legitimidade da intervenção jurídico-penal, de forma ampla, no âmbito dos maus tratos aos animais, vale questionar se no ordenamento jurídico português a tutela cumpre a finalidade de proteger um bem jurídico com dignidade penal. Pecando pelo excesso no texto, frisaremos que o que se viu até aqui acerca da existência de outras linhas legitimadoras da intervenção penal que não seja a da teoria do bem jurídico não prospera no Direito penal que Portugal optou por adotar.

O princípio da proibição do excesso, materializado no artigo 18.º, n.º. 2, da Constituição da República Portuguesa, se observado, abre caminho para o princípio da necessidade da penal, razão que faz qualquer tutela somente ser legítima na medida que a punição penal cumpra com a finalidade acima exposta, bem como seja necessária.

A proteção dos animais por meio de leis penais pressupõe que tenha se identificado um bem jurídico cujo valor encontre expressão nas normas constitucionais. Esse é o caminho para o reconhecimento da chamada *dignidade penal*. Nessa pesquisa já expusemos que a tutela penal dos animais se mostra problemática em razão da própria natureza do bem jurídico em análise.

Se bem observarmos, o texto fundamental português expressamente impõe que somente se admite restrição em direitos, liberdades e garantias em casos previstos na Constituição, desde que salvguarde “outros direitos ou interesses” também constitucionalmente protegidos - artigo 18, n.º. 2, da CRP.⁴⁴⁴

⁴⁴³ Retirado de FARIAS, Raul. *Dos crimes contra animais de companhia*. Ob. Cit., p. 148.

⁴⁴⁴ É necessário que se faça uma pausa para advertirmos da existência de doutrina constitucional sustentadora da posição de que as restrições de direitos, liberdades e garantias previstos no artigo 18.º/2 da CRP não precisam *necessariamente* se fixar na proteção de “outros” direitos e interesses com dignidade constitucional, cfr. NOVAIS, Jorge Reis *apud* ALBERGARIA, Pedro Soares. LIMA, Pedro Mendes. *Sete Vidas: a difícil determinação do bem jurídico protegido nos crimes de maus tratos e abandono de animais*, p.131.

O legislador português está sujeito às disposições constitucionais relativas aos direitos, liberdades e garantias, bem como a todas as normas e princípios constitucionais - respeitante ao princípio da constitucionalidade do artigo 3º, nº. 3 da CRP. Isso nos faz refletir, portanto, que o legislador está “vinculado” aos preceitos constitucionais⁴⁴⁵, estando impedido de produzir normas materialmente incompatíveis com a essência das normas constitucionais⁴⁴⁶ e que cumpra o dever – positivo - de atuação de proteção dos bens jurídicos⁴⁴⁷. Contudo, para fins de legitimidade de criminalização não se pode obscurecer que se o *status* de objeto de proteção constitucional – ou até mesmo de normas de convenções internacionais – for suficiente para legitimar a proteção penal, então, parece presumível, que o rol de condutas criminalizáveis aumentaria consideravelmente.⁴⁴⁸

Quando o artigo 18, nº. 2, da CRP admite restrições a direitos, liberdades e garantias em nome da salvaguarda de outros direitos ou interesses, e impõe ao dever de produção legislativa o de proteger bens jurídicos, nos coloca a compreensão de que esses direitos ou interesses podem ser lidos como bens jurídicos *com dignidade constitucional*. Seguindo a perspectiva constitucional e atento ao que a dogmática jurídico penal propôs já há tempos, o Código Penal português no artigo 40 nº. 1 anuncia como finalidade da pena a de proteger bens jurídicos. Dessa forma, parece impossível duvidar, que no plano da intervenção criminal o ordenamento português se utiliza da ideia de proteção de bens jurídicos⁴⁴⁹, bem como cumpre com a sua respectiva função crítica das normas penais⁴⁵⁰.

Essa perspectiva é assentada na jurisprudência e é reconduzida para o que a doutrina penal chama de “Constituição penal”⁴⁵¹. Ideia já há muito anunciada no cenário jurídico-penal português por Figueiredo Dias⁴⁵² e que veio sendo sedimentada até os dias de hoje para que se tenha uma correspondência de sentido e fins entre as duas ordens, em outras

⁴⁴⁵ MIRANDA, Jorge. MEDEIROS, Rui. *Constituição Portuguesa Anotada*. Tomo I. 2ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2010, p. 325.

⁴⁴⁶ MIRANDA, Jorge. MEDEIROS, Rui. *Constituição Portuguesa Anotada*. Tomo I. 2ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2010, p. 326.

⁴⁴⁷ MIRANDA, Jorge. MEDEIROS, Rui. *Constituição Portuguesa Anotada*. Tomo I. 2ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2010, p. 326.

⁴⁴⁸ A respeito dessa observação v. GRECO, Luís. Princípio da Ofensividade e Crimes de Perigo Abstrato – uma introdução ao debate sobre o bem jurídico e as estruturas do delito. In *RBCCrim*, ano 12, nº. 49, 2004, pp. 100 e ss.

⁴⁴⁹ Por todos DIAS, Figueiredo. O <<Direito penal do bem jurídico>> como princípio jurídico-constitucional – Da doutrina penal, da jurisprudência constitucional portuguesa e das suas relações. In *XXV anos de jurisprudência constitucional portuguesa*. Coimbra, Coimbra Editora, 2009, pp. 32 e ss.

⁴⁵⁰ Cf. DIAS, Figueiredo. O <<Direito penal do bem jurídico>>. *Ob. Cit*, pp. 32, 34; PALMA, Maria Fernanda. Conceito material de crime e reforma penal. In *Anatomia do Crime*, nº 0, jul.-dez., 2014, p. 15.

⁴⁵¹ DIAS, Figueiredo. O <<Direito penal do bem jurídico>>. *Ob. Cit*, p. 32.

⁴⁵² Para uma dogmática do direito penal secundário. In *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, 116.º, n.º 3714-3720, 1983/4, p. 263.

palavras, necessária é a existência de uma relação de analogia axiológica entre o que se pretender proteger na Constituição e a ordem dos bens jurídicos tuteláveis pelo direito penal.⁴⁵³

Levando-se em consideração que os bens jurídicos com projeção a bens jurídicos-penais são aqueles que passam pelo juízo valorativo sobre a “*natureza e a importância das necessidades humanas que ele satisfaz*”⁴⁵⁴, é com esse filtro traduzido numa relação de correspondência, portanto, que deriva a ideia de fixação de um quadro de referência construído na ordem jurídico-constitucional. É nesse sentido que a doutrina constitucional afirma não ter o legislador – ordinário - recebido o que chamaram de “*cheques em branco*”⁴⁵⁵ quando se trata de direitos, liberdade e garantias. A compreensão de correspondência de sentido e fins faz com que os bens jurídicos *dignos* de tutela penal sejam transformados em verdadeiros *bens jurídico-penais*.⁴⁵⁶

Nessa altura já não necessitamos, embora façamos de novo, precisar que os bens jurídicos funcionam, não apenas como instrumento crítico e de interpretação dos tipos penais, reconduzindo-se ao papel de instrumento delimitador em função do qual a decisão pela necessária ou não punição penal é fixada. Entretanto, não se pode perder de vista que os bens jurídicos também servem como centro axiológico que clareia de sentido eventual proibição típica, em outras palavras, podemos dizer que os bens jurídicos auxiliam na compreensão de que a previsão do comportamento proibido só pode se concretizar por referência ao objeto que se quer proteger. Afinal, a constatação de um interesse digno de proteção e o posterior reconhecimento da existência de ataques relacionados a ele constitui uma condição – que nos parece – necessária. O que faz da criminalização dos maus tratos aos animais algo relativamente complexo no ordenamento.

Dessas compreensões resulta a tarefa de averiguar se há a preocupação com o bem-estar animal na ordem valorativa constitucional para somente depois investigar a “necessidade” do Direito penal nesse âmbito, pois averiguar o interesse digno de proteção e o reconhecimento da existência de ataques a ele, não é suficiente à intervenção penal. Deve-se acrescentar ao exame crítico da legitimidade da incriminação a idoneidade do instrumento penal para os fins protetivos almejados; por exemplo em saber se eventual lesão ou ameaça

⁴⁵³ DIAS, Figueiredo. *O <<Direito penal do bem jurídico>>.* Ob. Cit., pp. 34-35.

⁴⁵⁴ DIAS, Augusto Silva. A saúde humana como bem jurídico-penal e os crimes contra a saúde no direito português. In *Anatomia do Crime*, n.º 1, jan.-jun., 2015, p. 117.

⁴⁵⁵ MIRANDA, Jorge. MEDEIROS, Rui. *Constituição Portuguesa Anotada*. Tomo I. 2ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2010, p. 325 [em comentários ao artigo 18 da CRP].

⁴⁵⁶ DIAS, Figueiredo. *O <<Direito penal do bem jurídico>>.* Ob. Cit., p. 35.

de lesão não poderiam ser prevenidas e reprimidas com outra ferramenta que não o Direito penal. Se em princípio concluirmos a favor da existência de balizas constitucionais para um dever jurídico de proteção direta – ou indireta - aos animais no domínio do crime de maus tratos, teríamos que observar em momento posterior se é com o arsenal dos meios repressivos e com as consequências do Direito penal que se deve buscar a tutela desse hipotético valor.

Como já anunciamos, discutir o bem jurídico tutelado especificamente pelo tipo penal de maus tratos aos animais – *se é proteção indireta do ser humano ou se é direta dos animais* - é questão diversa da de saber se é tarefa do Estado proteger os animais por si próprios, isto é, a de saber se é correto limitar a liberdade dos cidadãos - com a consequente condenação penal - em proveito de um animal. Em outras palavras, discutir se os animais possuem valor intrínseco é diverso de discutir se esse pretense valor deve ser protegido pelo Estado e, ainda, por meio do Direito penal.

Antes de qualquer procura pela identidade axiológica da proteção animal na CRP, adiantaremos que até em atenção ao já citado artigo 18º, n.º, da CRP - certamente ao desgosto de algumas doutrinas⁴⁵⁷ -, ao nosso ver, as restrições que o Direito penal impõe esbarrariam no aspecto *estritamente necessárias*. Em que pese existir doutrina que admita uma realidade que mostra que os maus tratos aos animais não têm diminuído e que seria necessária a tutela penal⁴⁵⁸, tal escala empírica – que para doutrina especializada é sempre um fator relevante para aferir a dignidade punitiva⁴⁵⁹ - não nos parece confirmada. Em atenção ao *princípio da subsidiariedade* do Direito penal, instrumento jurídico que auxilia – ou complementa – aquela aferição de legitimidade somente pela busca da proteção de bens jurídicos, talvez o melhor caminho seja a proteção ora em comento ser feita pela via da contra-ordenação, afinal, se fosse acertado esse caminho, estaria mantida a promoção de valores que circundam esse tema.

Dito isto, passemos para análise da existência ou não de referência constitucional no ordenamento português para averiguar a reciprocidade axiológica com a proteção penal. Em suma, averiguaremos se há ou não bem jurídico-penal à luz da Constituição. Para os que

⁴⁵⁷ Cfr. MOREIRA, Alexandra Reis. Perspectivas quanto à aplicação da nova legislação. In GOMES, Carla Amado. DUARTE, Maria Luísa (Coords.) *Animais: Deveres e Direitos* – Conferência promovida pelo ICJP em 11 de Dezembro de 2014. Lisboa: Instituto de Ciências Jurídico-Políticas, 2015, p. 157;

⁴⁵⁸ Nesse sentido BRANCO, Carlos Castelo. Algumas notas ao Estatuto Jurídico dos Animais. In *Revista do CEJ*, I, nº.1, 2017, p. 78 (nota 34).

⁴⁵⁹ Cfr. PALMA, Maria Fernanda. *Conceito material de crime e reforma penal*. Ob. Cit., p. 19. Sobre isso - e não afirmando aqui que a Autora não leva isso em consideração- ficamos reflexivos se o fator de demonstração empírica como sendo relevante para legitimar uma criminalização não seria perigoso, pois a característica da contingência pode influenciar nessa questão e poderia fazer com que o Estado se baseasse em opções políticas passageiras – obviamente, do pondo de vista da política criminal.

defendem uma proteção direta dos animais nesse específico tipo penal, deverá o bem-estar animal constitucionalmente tutelado, ao passo que os defensores da tutela mediata buscarão a proteção penal do bem-estar animal se apoiando indiretamente a algum interesse previsto – explicitamente ou implicitamente – na CRP.

Em que pese haver doutrina que afirme pela não existência constitucional – de forma explícita - do bem jurídico específico do bem-estar dos animais de companhia⁴⁶⁰ é possível encontrar referências constitucionais que promovam e apoiem, assim, o bem jurídico em comento. Caso contrário, não havendo qualquer proteção constitucional – ainda que implícita – não seria possível restringir a liberdade de um indivíduo com a sanção penal, sob pena de violação do artigo 18.º, nº. 2 da CRP. Feita tal consideração, observaremos que tanto a proteção direta quanto a indireta podem ser sustentadas por essa via de outros direitos e deveres constitucionalmente protegidos.⁴⁶¹

Outra postura anterior ao possível encontro de valores constitucionais que possam legitimar o bem jurídico capaz de proteger os animais, precisa ser frisada. Trata-se de eventual possibilidade de caso não se verifique nenhuma correspondência axiológica – independentemente de ser expressa ou implícita -, isso não seria problema à uma efetiva tutela penal, desde que se manejassem uma certa interpretação da Constituição. Dessa maneira, a proteção do bem-estar dos animais ou o reconhecimento de direitos dos animais viriam pelo manejo de “como ler a Constituição”⁴⁶².

Vencido esse ponto, a classe de animais abrangidos pelo tipo penal em análise pode indicar que o que se protege é um interesse do ser humano, isso em razão de se limitar a

⁴⁶⁰ Nesse sentido FARIAS, Raul. Dos crimes contra animais de companhia. In GOMES, Carla Amado. DUARTE, Maria Luísa (Coords.) *Animais: Deveres e Direitos* – Conferência promovida pelo ICJP em 11 de Dezembro de 2014. Lisboa: Instituto de Ciências Jurídico-Políticas, 2015, p. 140. O que não impede do Autor defender a legitimidade do crime de maus tratos aos animais de companhia, como se vê *Idem, passim*.

⁴⁶¹ Observando com cuidado, o debate da proteção indireta ou direta é, em última análise, o de saber se o animal – ou o seu bem-estar – é objeto de ação delituosa ou objeto de proteção da norma incriminadora. Nesse sentido CHIESA, Luis E. *Why is it a Crime to Stomp on a Goldfish? Harm, Victimhood and the Structure of Anti-Cruelty Offenses*, 2008. Disponível em <https://digitalcommons.pace.edu/cgi/viewcontent.cgi?referer=&httpsredir=1&article=1479&context=lawfaculty>.

⁴⁶² Acredita-se que numa possível interpretação – “atualista” – da Constituição poderia se chegar numa concreta proteção dos animais. Pensamos que deve ser pela via de se considerar que o sentido das disposições constitucionais evoluiu com os tempos e que o conceito de proteção animal pode ser entendido numa acepção mais ampla do que aquela que se tinha quando da entrada em vigor da CRP – 1976. Por não ser o foco da presente pesquisa e, por também se pensar que tal proposta acarretaria sérios problemas ao nível da legitimidade de criminalizações, vamos avançar sem maiores detalhes – considerando que a interpretação atualista reclama cuidado para não corresponder à elaboração de uma lei nova, vez que a tal interpretação deve obedecer o espírito da norma vigente e não configurar a substituição desse espírito, sob pena de se perder a mão ao ampliar o conceito identificativo e, sobretudo, o conceito normativo.

proteção aos animais de companhia, ou melhor, de indicar que a proteção ocorre para os animais que cumprem a função de entreter e fazer companhia ao homem. Diante dessa premissa e sabendo que a descrição típica se encontra em relação recíproca de co-determinação com o bem jurídico, pode-se indicar uma fundamentação constitucional, que só à primeira vista, reconduziria ao bem jurídico desse delito. Encontra-se no texto constitucional um fundamento indireto para a proteção de animais pela via da *proteção do direito de propriedade privada*, consagrada no artigo 62.º da CRP. Contudo, é preciso notar que essa se amolda à concepção do animal como “coisa móvel”, algo que figurou por muito tempo no ordenamento - especificamente no âmbito jurídico-civil. Nota-se, também, que uma previsão desse modo se vincula mais corretamente com o crime de dano. Razão pela qual, nos faz concluir que nessa perspectiva não se encontra a proteção do bem jurídico do tipo penal de maus tratos aos animais de companhia. Até porque, a bem da verdade, seria também incongruente no aspecto que para ser considerado coisa móvel, presume-se que o animal tenha proprietário e que esse não poderia ser o sujeito ativo da conduta delituosa, vez que não poderia lesionar o seu próprio bem, entretanto, o artigo 387.º do CP – como já analisamos – contempla a possibilidade do proprietário ser auto do fato.

3.4.1. *Deveres dos homens*

Com a evolução moral dos homens na perspectiva de respeitar o mundo que lhe cerca, seja a Natureza – a depender do conceito, o ambiente como parte dela – ou qualquer ser vivo, fez com que se buscasse uma linha de deveres morais – e jurídicos – do homem para com animais.

O incumprimento desses deveres morais e jurídicos para com os animais revelaria uma possível índole moral – e cívica – da humanidade. A proximidade encontrada com os animais em deveres dos homens para com aqueles. Assim, quando um indivíduo maltrata um animal estaria violando deveres morais e jurídicos do homem para com os animais.

Os deveres jurídico-penais viriam por uma linha de pensamento quanto ao modo de proteção aos animais, onde se envolve uma espécie de *dever jurídico* do homem. Verifica-se algumas formas de se chegar nesse dever fundamental ao ser humano para como os animais.

Entretanto, independentemente de qual caminho se escolher para tal proposta de dever, é certo que partem da rejeição da tese de proteção indireta dos animais.⁴⁶³ Entender que os animais devam ser protegidos diretamente pelos tipos penais, sendo, inclusive, o interesse a vida e não sofrimento elevado a *status* de bem jurídico-penal, passaria pela aceitação de uma diferença – especista – entre espécies de animais, o que por consequência levaria ao resultado de proteção estatal para umas e não para outras. Em suma, faria com que a proteção estatal não fosse para todos os animais.⁴⁶⁴

Como contraponto, defende-se que as espécies não-humanas – por serem seres vivos – podem ser beneficiários de deveres, mas não destinatários dos mesmos. Junto com ideia de que não podem ser sujeitos de direitos, estaria a ideia de que não podem ser destinatários de deveres éticos, esses seriam encargos somente para os capacitados de argumentação moral e, de fato, não é uma qualidade dos animais⁴⁶⁵ - esse é o inverso do raciocínio do *status* moral dos animais, já visto nesse trabalho, propagado por Tom Regan.

De fato, os anseios de Tom Regan levariam, aos seres humanos, uma – no mínimo – sensação de incômodo com o mundo como ele é, pois seria, nesses termos, estranho pensar sobre eventual limitação do uso de animais para qualquer fim ou benefício.

Os animais possuem capacidade sofrer e de sentir prazer⁴⁶⁶ e capacidade de exteriorizar sentimentos – seja de prazer ou de dor, por exemplo – ao ponto de o ser humano perceber. Essa tal perceptibilidade do sofrimento de *alguns animais* – daí, por ventura, alguns ordenamentos limitem a tutela aos animais *superiores* – por parte do homem faz com que esse indivíduo que presencia tal sofrimento se coloque – racionalmente – no lugar do animal.

Dessa forma, ainda que se vislumbre que os interesses – à vida ou à integridade física – dos animais devam ser juridicamente protegidos por uma consideração ética que lhes é

⁴⁶³ Cfr. BRITO, Tereza Quintela de. Crimes contra animais: os novos Projetos-Lei de Alteração do Código Penal. In *Anatomia do Crime*, nº. 4, jul.-dez., 2016, pp. 100 e ss.

⁴⁶⁴ Críticas a sentido pode ser vistas em BRITO, Tereza Quintela de. Crimes contra animais: os novos Projetos-Lei de Alteração do Código Penal. In *Anatomia do Crime*, nº. 4, jul.-dez., 2016, p. 99. Projetando esse resultado, sem, contudo, rejeitar a tese de proteção direta aos animais GRECO, Luís. Proteção de bens jurídicos e crueldade com animais. In *Revista Liberdades*, nº. 03, jan.-abr., 2010, p. 59.

⁴⁶⁵ Nesse sentido v. DIAS, Augusto Silva. “*Delicta in se*” e “*delicta mere prohibita*”: uma análise das discontinuidades do ilícito penal moderno à luz da reconstrução de uma distinção clássica. Coimbra: Coimbra Editora, 2008, pp. 770-771.

⁴⁶⁶ MOREIRA, Alexandra Reis. Perspectivas quanto à aplicação da nova legislação. In DUARTE, Maria Luísa. GOMES, Carla Amado (Coords.) *Animais: Deveres e Direitos*: Conferência promovida pelo ICJP em 11 de Dezembro de 2014. Lisboa: Instituto de Ciências Jurídico-Políticas, 2015, p. 154, especialmente notas 1 e 2.

oportuna, essa tutela jurídica será sempre por força de uma imposição de *deveres aos seres humanos*.⁴⁶⁷

3.4.2. Ambiente

Resta, portanto, a busca por outra via pela qual se poderá argumentar a legitimação desse tipo penal específico. Essa outra via é possível pelo caminho de se encontrar implicitamente um bem jurídico com referência constitucional capaz de ser objeto de tutela penal conectando a proteção de animais na Constituição reconduzida ao *ambiente*, considerada como valor axiológico constitucional materializado nos direitos e deveres econômicos, sociais e culturais – considerados no Título III da CRP - e, especificamente, positivados no artigo 66.º, n.º 1 da CRP⁴⁶⁸ cujo propósito é preservar o ambiente e a qualidade de vida. Além disso, o n.º 2 do artigo 66.º⁴⁶⁹ também cumpriria esse papel quando da análise das alíneas c) e g) – cumprindo as tarefas do Estado no estabelecimento de políticas destinadas a “*garantir a conservação da natureza e a preservação de valores culturais de interesse histórico e artístico*”, bem como “*promover a integração de objectivos ambientais*”. Dessa forma, a promoção da educação ambiental e do ambiente incluiriam os animais em geral – desde que se contextualize com o artigo 9.º alíneas d) e e) da CRP, como tarefas fundamentais do Estado a promoção do bem-estar e da qualidade de vida, bem como a efetivação dos direitos e *deveres* econômicos, sociais e culturais da pessoas e, ainda, a defesa da natureza e do ambiente.

Essas considerações de relevo constitucional são utilizadas para os que defendem haver nas normas constitucionais relativas ao ambiente a *proteção de animais individuais* contra sofrimentos desnecessários.⁴⁷⁰ Estaria aqui o fundamento e afirmação constitucional da tutela em comento e que – implicitamente – daria referência ao bem jurídico como objeto da tutela penal do bem-estar, da integridade física e a vida dos animais, inclusive, os de

⁴⁶⁷ Cfr. BRITO, Tereza Quintela de. *Crimes contra animais: os novos Projetos-Lei de Alteração do Código Penal*. Ob. Cit., p. 100.

⁴⁶⁸ “*Todos têm o direito a um ambiente de vida humano, sadio e ecologicamente equilibrado e o dever de o defender*”.

⁴⁶⁹ Art. 66.º n.º 2: “*Para assegurar o direito ao ambiente, no quadro de um desenvolvimento sustentável, incumbe ao Estado, por meio de organismos próprios e com o envolvimento e a participação dos cidadãos*”.

⁴⁷⁰ Essa parece ser a posição, por exemplo, de GOMES, Carla Amado. Desporto e protecção dos animais: por um pacto de não agressão. In *O Desporto que os Tribunais Praticam*. Coimbra: Coimbra Editora, 2014, *passim*. E, ainda, é a posição de GOUVEIA, Jorge Bacelar. A prática de tiro de pombos, a nova Lei de Protecção dos Animais e a Constituição Portuguesa. In *Revista Jurídica do Urbanismo e do Ambiente*, nº. 13, 2000, pp. 263-265.

companhia. Isso só é possível se o conceito de ambiente for recebido como conjunto de realidade natural em equilíbrio dos seus elementos ou, em outras palavras, como categoria representativa como se fosse uma síntese valorativa, de onde todas as peças da Natureza são partes de um todo incindível⁴⁷¹ - e desse todo faria parte o animal não-humano -, necessitando, assim, da chamada proteção holística.

Caso se parta dessa proteção holística – onde a preocupação é do equilíbrio do sistema como um todo -, a tutela dos animais enquanto indivíduos fica prejudica. Ao menos é essa a posição de quem nega ser possível fundamentar os maus tratos aos animais de companhia – é dizer, do bem-estar, da integridade física e vida desses animais – por essa via⁴⁷². Nessa linha crítica, diz-se que a proteção dos animais individualmente falando está teleologicamente orientada na consideração do homem como figura representativa, afinal o ambiente é um valor na medida que se afigura como condição de vida *humana*⁴⁷³.

Restaria, portanto, algo fora de uma lógica afirmar que os maus tratos aos animais de companhia – ou domésticos – prejudiquem as condições do ambiente. De fato, não se protege a função ecológica do animal em dado ecossistema, o que torna essa linha fundamentadora bastante discutível.

3.4.3. Bem jurídico coletivo

Essas razões constitucionais antes postas – ou seja, o artigo 66.º/1º/2º, bem como o artigo 9º./d)/e), ambos da CRP – podem ensejar, ainda que pelo caminho do *ambiente* outra via possível, reconhecimento de bens coletivos. Parece certo afirmar que as incriminações de maus tratos aos animais tutelam um *bem jurídico coletivo*, ligando-as ao exercício da proteção de animais na Constituição reconduzida ao *ambiente*, considerada como valor

⁴⁷¹ O conceito parece ser assim compreendido em DIAS, Augusto Silva. A estrutura dos direitos ao ambiente e à qualidade dos bens de consumo e sua repercussão na teoria do bem jurídico e na das causas de justificação. In *Jornadas de Homenagem ao Professor Doutor Cavaleiro de Ferreira*. Lisboa: Universidade de Lisboa, 1995; acompanhado por MENDES, Paulo de Sousa. *Vale a pena o direito penal do ambiente?* Lisboa: AAFDL, 2000, pp. 99-100.

⁴⁷² Nesse sentido BRITO, Tereza Quintela de. *Crimes contra animais: os novos Projetos-Lei de Alteração do Código Penal*. Ob. Cit., p. 12; ALBERGARIA, Pedro Soares. LIMA, Pedro Mendes. Sete Vidas: a difícil determinação do bem jurídico protegido nos crimes de maus tratos e abandono de animais. In *Revista Julgar*. n.º. 28, jan.-abr., 2016, p. 135.

⁴⁷³ ALBERGARIA, Pedro Soares. LIMA, Pedro Mendes. *Sete Vidas: a difícil determinação do bem jurídico protegido nos crimes de maus tratos e abandono de animais*. Ob. Cit., p. 135, afirmam que tal orientação é própria até do artigo 66.º, n.º. 1 da CRP, na medida que “*todos têm direito a um ambiente de vida humano*” (sublinhado nosso).

axiológico constitucional materializado nos direitos e deveres econômicos, sociais e culturais como acima falamos.

Estar-se-ia, portanto, nessa linha, diante da identidade axiológica constitucional capaz de referendar um bem jurídico coletivo. Em que pese todas as consequências positivas e negativas – sobretudo a carência numa determinação - da legitimidade da tutela penal de bens coletivos, admite-se na doutrina penal com o mesmo nível de exigência de tutelas autônomas⁴⁷⁴ – nesse caso, a via legitimadora estaria expressa na ordem axiológica constitucional relativa aos direitos e *deveres* sociais, econômicos, culturais e ecológicos. Os defensores desse ponto de vista tutelar dirão que a tutela penal de bens jurídicos coletivos é necessária em razão da prevenção geral negativa e geral positiva⁴⁷⁵, em função da recondução desses bens a interesses legítimos da pessoa que não são suscetíveis de fruição individual, mas que a todos se aproveita, afinal a relação desses bens com os usuários é difusa.

O interesse do ser humano a partir do artigo 66.º, n.º 1 da CRP emerge do *direito de todos* a um ambiente de vida humanamente sadio e o *dever de todos* em o proteger, algo que não pode ser mudado pois – nessa perspectiva – nenhum ser humano pode ser excluído de gozar e nem se exonerar, nem mesmo os proprietários dos animais. É nessa medida que reconduzimos a questão ao tipo penal do artigo 387.º do CP. Estar-se-ia tutelando um *bem jurídico coletivo* definido como o *interesse de toda e cada pessoa* na busca de se preservar a integridade física, da saúde e, sobretudo, da vida dos animais em função da relação que possuem com os autores do delito.⁴⁷⁶

Nesse desiderato, a tutela criminal seria realizada através de um “*direito penal do comportamento*”⁴⁷⁷, cuja punição penal se mostra vinculada pelas “*relações da vida como tais*”⁴⁷⁸, nomeadamente, nesse caso, na relação entre os seres humanos e os animais. Assim, estaria sinalizada a tutela penal de um bem jurídico coletivo através de um propósito do Direito penal do comportamento.

⁴⁷⁴ Cfr. ensina DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito penal: parte geral*. Tomo I. Questões fundamentais a doutrina geral do crime. 2ª. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2012, pp. 148 e ss.

⁴⁷⁵ DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito penal: parte geral*. Tomo I. Questões fundamentais a doutrina geral do crime. 2ª. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2012, p. 148.

⁴⁷⁶ É esse o sentido afirmado por HALL, Robert T. La responsabilidad ética con los animales no humanos: una perspectiva casuística-utilitarista. In BASILIO BALTASAR (Coord.) *El Derecho de los Animales*. Madrid: Marcial Pons, 2015, p. 83.

⁴⁷⁷ DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito penal: parte geral*. Tomo I. Questões fundamentais a doutrina geral do crime. Ob. Cit., p. 154 (§ 75).

⁴⁷⁸ *Idem. Ibidem.*

Essa premissa construtiva contextualizada com a definição de animal de companhia do artigo 387.º n.º 1 torna a análise embaraçada. O aludido artigo não limita expressamente a tutela penal somente aos animais sencientes⁴⁷⁹, será objeto – independentemente se objeto de proteção ou da ação típica – qualquer animal que esteja na condição de ser detido ou destinado a ser detido que cumpra a *função de contribuir com o entretenimento e companhia* do ser humano. Nessa ótica, o ser humano que detém como companhia uma lagartixa ou uma formiga e pratica a conduta de maus tratos estaria apto a cumprir uma punição penal, o que certamente atenta ao princípio da proporcionalidade da intervenção penal – não parece razoável pretender privar de liberdade o ser humano em razão da prática dessa específica conduta^{480, 481}.

3.2.5. *Experiência germânica*

O ordenamento alemão, em que pese ter começado pelas alterações de cunho civilista, tentou balizar todo o seu sistema jurídico – no contexto protetivo dos animais – pela respectiva Constituição. Desde 2002 a proteção dos animais é *expressamente* reconhecida como *um dos fins do Estado*, conforme se verifica no § 20a *Grundgesetz*.⁴⁸²

Quando se observa o *Estatuto dos animais* português verifica-se que é possível ter se espelhado no modelo jurídico-civil alemão. A defendida natureza de objetos – não sendo coisa e nem pessoa – é também presente no ordenamento jurídico alemão, contudo o que nos importa nesse momento é também ter como exemplo o *expresso* anúncio de que os animais são proteção estatal, tal como é feito no artigo 20a GG. Fincaria premissas protetivas mais seguras e capazes de clarear questões como as de se saber qual bem jurídico está subjaz ao

⁴⁷⁹ Salvo se fizermos uma leitura como a feita por ALBERGARIA, Pedro Soares. LIMA, Pedro Mendes. Sete Vidas: a difícil determinação do bem jurídico protegido nos crimes de maus tratos e abandono de animais. In *Revista Julgar*. n.º 28, jan.-abr., 2016, pp. 158 e ss.

⁴⁸⁰ A essa conclusão chega também BRITO, Teresa Quintela. Os crimes de maus tratos e de abandono de animais de companhia: Direito Penal simbólico? In *Revista do Centro de Estudos de Direito do Ordenamento, do Urbanismo e do Ambiente*, n.º 38, ano XIX_2, 2016, p. 18.

⁴⁸¹ A crítica que se pode fazer e que, em regra, se faz aos bens coletivos – e por isso vai nesse texto em nota – é que os comportamentos alinhados no artigo 387.º, n.º 1 do CP não implicam perigo algum para os bens jurídicos individuais, o que faz sentido quando falamos de bens coletivos que possuem em suas premissas de afirmação a característica da indivisibilidade. Resta carente do ponto de vista de um referente pessoal.

⁴⁸² Poderíamos citar também como exemplo de referência Constitucional o artigo 80 da Constituição Suíça – reconhecidamente uma “ativista” na questão animal.

tipo penal de maus tratos aos animais. Discutir acerca da legitimidade desse tipo penal, ou seja, buscar a fundamentação da incriminação, seria tarefa mais técnica.

Portanto, para preencher a lacuna constitucional não verificada pelo legislador português, parece imperioso que o Estado torne a proteção animal como uma finalidade estatal. Seria uma interessante saída.

CONCLUSÕES

1. As principais legislações nacionais e da União Europeia acompanham a tendência de não se discutir ser legítima a assertiva de que há um consenso sócio cultural protetivo com os animais. As teses que sustentavam o interesse animal como algo não relacionado com o consideração da moralidade perdem espaço para o argumento de que os não humanos devem ser considerados, inclusive, no plano juridicidade. Ainda que a tese da proteção direta perca a mão na causa do reconhecimento de Direitos dos animais.

2. Apesar do verificável alinhamento da questão moral da proteção dos animais, ainda se vê que a situação é desfavorável quando encontrada as balizas dos conflitos de interesse. Além disso, os maus tratos quando relacionados nas manifestações culturais permitem, ao menos a ponderação, da *cultural defense*.

3. Em que pese a teoria do bem jurídico ser objeto de intenso debate, revelando-se sensível a certos argumentos críticos pela dificuldade de determinar o bem jurídico tutelado, não se pode obscurecer seu valor de servir como critério ao legislador nas tarefas de criminalização e descriminalização. Ao passo que a densificação dada pela tese da referência mútua entre a ordem axiológica definida na Constituição e a ordem de valores jurídico-penais é algo clarificador no sentido de desenvolver limites e, por essa, deve ser aceita. Afinal o que está por trás do processo de punição não é apenas a intangibilidade de determinado estafo físico, mas sim determinado *interesse*.

4. Em que pese boas alternativas para a discutível questão do bem jurídico penal com referência axiológica-constitucional, vislumbra-se que antes da busca por um bem jurídico capaz de legitimar o delito de maus tratos aos animais de companhia, deve-se atentar ao caráter subsidiário da intervenção penal. Com isso não se pretende retirar a necessária consideração sobre a conduta de maus tratos carregar, sem dúvidas, um relevo negativo sob o ponto de vista ético.

BIBLIOGRAFIA

ALBERGARIA, Pedro Soares. LIMA, Pedro Mendes. Sete Vidas: a difícil determinação do bem jurídico protegido nos crimes de maus tratos e abandono de animais. In **Revista Julgar**. n.º. 28, jan.-abr., 2016, pp. 125-169.

ALEXY, Robert. Colisão de direitos fundamentais e realização de direitos fundamentais no estado democrático de direito. In **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul**, v. 17, 1999, pp. 267-279.

ALMEIDA, Carlota Pizarro de. Algumas considerações a propósito do acórdão 211/95 do Tribunal Constitucional. In **Casos e Materiais de Direito Penal**. 2.ª. ed. Coimbra: Almedina, 2002, pp. 203-211.

AMELUNG, Knut. El concepto de “bien jurídico” en la teoría de la protección penal de bienes jurídicos. In HEFENDEHL, Roland (Ed.) **La Teoría del Bien Jurídico: fundamento de legitimación del derecho penal o juego de abalorios dogmático?** Madrid: Marcial Pons, 2007.

ARAÚJO, Fernando. **A Hora dos Direitos dos Animais**. Coimbra: Almedina, 2003.

ARMANDO, Nicanor Henrique Netto. *A vedação de tratamento cruel contra os animais versus direitos culturais: breve análise da ótica do Supremo Tribunal Federal no julgamento do Recurso Extraordinário n.º 153531/SC*. Disponível em <https://revistas.ufpr.br/made/article/view/32568/22444>.

ASCIONE, Frank R. **Cruelty to Animals and Interpersonal Violence. Readings in Research and Application**. West Lafayette: Purdue University Press, 1998.

BARBOSA, Mafalda Miranda. A recente alteração legislativa em matéria de proteção dos animais: apreciação crítica. In **Revista do Direito Civil**, Ano II, n.º. 1, 2017, pp. 47-74.

_____. Breve reflexão acerca do problema do estatuto jurídico dos animais: perspectiva jus-civilista. In **Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra**, vol. 89, tomo I, 2013, pp. 210-251

BEKOFF, Marc. *A Universal Declaration on Animal Sentience: no pretending.*, 2013. Disponível em <http://www.psychologytoday.com/blog/animal-emotions/201306/universal-declaration-animal-sentience-no-pretending>.

BIRNBAUM, Johann Michael. **Sobre la necesidad de una lesión de derechos para el concepto de delito**. Buenos Aires: Editorial B de f, 2009.

BOBBIO, Norberto. **Liberalismo e Democracia** (trad. por Marco Aurélio Nogueira do original *Liberalismo e democrazia*, 2006). São Paulo: Edipro, 2017.

BONAVIDES, Paulo. **Do Estado Liberal ao Estado Social**. 6ª. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

BOTTKE, Wilfried. ¿Roma Locuta Causa Finita? ¿Adiós a la exigencia de protección de los bienes jurídicos? In PEÑA, Diego Manuel Luzón-Pena (coord.) **Derecho Penal del Estado Social y Democrático de Derecho**. *Libro homenaje a Santiago Mir Piug*. Madrid: La ley, 2010, pp. 101-123.

BRANCO, Carlos Castelo. Algumas notas ao Estatuto Jurídico dos Animais. In **Revista do CEJ**, I, nº.1, 2017, pp. 67-106.

BRAGE CENDÁN, Santiago B. **Los delitos de maltrato y abandono de animales: artículos 337 y 337 bis CP**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2017.

BRITO, Miguel Nogueira de. **Introdução ao Estudo do Direito**. Lisboa: AAFDL, 2017.

BRITO, Teresa Quintela de. Crimes contra animais: os novos Projetos-Lei de Alteração do Código Penal. In **Anatomia do Crime**, nº. 4, jul.-dez., 2016, pp. 95-131.

_____. Os crimes de maus tratos e de abandono de animais de companhia: Direito Penal simbólico? In **Revista do Centro de Estudos de Direito do Ordenamento, do Urbanismo e do Ambiente**, nº. 38, ano XIX_2, 2016, pp. 9-22.

BUSTOS RAMÍREZ, Juan. **Introducción al Derecho Penal**. 3ª ed. Bogotá: Temis, 2005.

CABRAL, Filipe. **Fundamentação dos direitos dos animais: a existencialidade jurídica**. Alcochete: Alfarroba, 2016.

CATTANEO, Mario A. Carl Schmitt y Roland Freisler: la doctrina penal del nacional-socialismo (trad. por Nicolás García Rivas) In NIETO MARTÍN, Adán (coord.) **Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos in memoriam**. vol. 1. Cuenca: Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, 2001, pp. 145-152.

CARVALHO, Américo Taipa de. **Direito Penal: Parte Geral. Questões Fundamentais. Teoria Geral do Crime**. 3ª ed. Porto: Universidade Católica Editora, 2016. (1ª ed. 2004).

CHIESA, Luis E. *Why is it a Crime to Stomp on a Goldfish? Harm, Victimhood and the Structure of Anti-Cruelty Offenses.* Disponível em <http://digitalcommons.pace.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1479&context=lawfaculty>.

COPPI, F. Maltrattamento o malgoverno di animali. In **Enciclopedia del Diritto**. T. XXV. Milano: Giuffrè, 1975, pp. 223-265.

CORDEIRO, António Menezes. **Tratado de Direito Civil**. Parte geral: coisas. Tomo III. 3ª. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2016.

_____. A natureza jurídica dos animais à luz da Lei nº. 8/2017, de 3 de março. In **Revista de Direito Civil**, ano II, nº. 2, 2017, pp. 317-336.

COSSEDDU, A. Maltrattamento di animali. In **Digesto Penale**, vol. VII. Torino: Ed. Utet, 1993, pp. 528 e ss.

COSTA, Helena Regina Lobo da. **Proteção Penal Ambiental: viabilidade, efetividade, tutela por outros ramos do direito**. São Paulo: Saraiva, 2010.

CUNHA, Paulo Ferreira da. *Ultima Ratio*. Uma revisão filosófico-constitucional da ciência do direito penal. In AA.VV. **Direito Penal: Fundamentos Dogmáticos e Políticos-Criminais**. Livro em Homenagem a Peter Hünerfeld. Coimbra: Coimbra Editora, 2013, pp. 141-183.

D'AVILA, Fabio Roberto. Aproximações à teoria da exclusiva proteção de bens jurídicos no direito penal contemporâneo. In **Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra**, Studia Iuridica 98, vol. I – Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Jorge de Figueiredo Dias, 2009, pp. 185-205.

_____. **Ofensividade no direito penal**. Escritos sobre a teoria do crime como ofensa a bens jurídicos. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009

DeGRAZIA, David. **Taking Animals Seriously: mental life and moral status**. Cambridge: Cambridge University Press, 1996.

DELMAS-MARTY, Mireille. Umanità, specie umana e diritto penale. In **Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale**, v. 55, nº. 3, jul.-set., 2012, pp. 741-752.

DESCARTES, René. **Discurso sobre o método; e Princípios da Filosofia**. São Paulo: Folha de São Paulo (Coleção Folha: Livros que mudaram o mundo: v. 6), 2010.

_____. **Discurso do método** (trad. por João Gama). Lisboa: Edições 70, 1993.

DIAS, Augusto Silva. **“*Delicta in se*” e “*delicta mere prohibita*”**: uma análise das descontinuidades do ilícito penal moderno à luz da reconstrução de uma distinção clássica. Coimbra: Coimbra Editora, 2008.

_____. DIAS, Augusto Silva. What if everybody did it? sobre a (in)capacidade de “ressonância” do direito penal à figura da acumulação. In **RPCC**, n.º 13, 2003, pp. 303-345.

_____. **Ramos emergentes do Direito Penal relacionados com a proteção do futuro (ambiente, consumo e genética humana)**. Coimbra: Coimbra Editora, 2008.

_____. A saúde humana como bem jurídico-penal e os crimes contra a saúde no Direito português. In **Anatomia do Crime**, n.º 1, jan.-jun., 2015, pp. 115 – 125.

_____. **Crimes Culturalmente Motivados**. Coimbra: Almedina, 2016.

_____. Problemas do direito penal numa sociedade multicultural: o chamado infanticídio ritual na Guiné-Bissau. In **RPCC**, n.º 2, 1996.

_____. DIAS, Augusto Silva. Acidentalmente dementes? Emoções e Culpa nas sociedades multiculturais. In PALMA, Maria Fernanda. DIAS, Augusto Silva. MENDES, Paulo Sousa. *Emoções e Crime, Filosofia, Ciência, Arte e Direito Penal*. Coimbra: Almedina, 2013.

DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito penal**: parte geral. Tomo I. Questões fundamentais a doutrina geral do crime. 2ª. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2012.

_____. O <<direito penal do bem jurídico>> como princípio-constitucional à luz da jurisprudência constitucional portuguesa. In GRECO, Luís. MARTINS, Antonio (Orgs.) **Direito Penal como crítica da pena: Estudos em homenagem a Juarez Tavares por seu 70.º Aniversário em 2 de setembro de 2012**. Madrid: Marcial Pons, 2012, pp. 249-261.

_____. O “Direito Penal do Bem Jurídico” como princípio jurídico-constitucional. In **XXV Anos de Jurisprudência Constitucional Portuguesa**. Coimbra: Coimbra Editora, 2009, pp. 31-46.

_____. Sobre o papel do direito penal na protecção do ambiente. In **Revista de Direito e Economia**. Separata do n.º 1 de Janeiro/ Junho, 1978, pp. 6-19.

_____. O comportamento criminal e sua definição: conceito material de crime. In **Questões fundamentais de Direito Penal revisitadas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

DIAS, Edna Cardozo. **A tutela jurídica dos animais**. Belo horizonte: Mandamentos, 2000.

DI PIETRO, S. Disparità di trattamento e principio di legalità in tema di maltrattamento di animali. In **Rivista de Diritto e Giurisprudenza Agraria e dell'Ambiente**, n.º. 11, nov., 1996, pp. 673 e ss.

DUARTE, Maria Luísa. Direito da União Europeia e estatuto jurídico dos animais: uma grande ilusão? In GOMES, Carla Amado. DUARTE, Maria Luísa (Coords.) *Animais: Deveres e Direitos* – Conferência promovida pelo ICJP em 11 de Dezembro de 2014. Lisboa: Instituto de Ciências Jurídico-Políticas, 2015, pp. 33-47.

DWORKIN, Gerald. Moral Paternalism. In **Law and Philosophy**, vol. 24, n.º. 3, 2005, pp. 305-319.

EBERLE, Simone. **Deixando a sombra dos homens: uma nova luz sobre o estatuto jurídico dos animais**. Tese de Doutorado da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, 2006.

FARIA, Bento de. **Das contravenções penais: Dec. – lei n.º. 3.688 – de 3 de outubro de 1941**. Rio de Janeiro: Distribuidora Record, 1958.

FARIAS, Raul. Dos crimes contra animais de companhia. In GOMES, Carla Amado. DUARTE, Maria Luísa (Coords.) **Animais: Deveres e Direitos** – Conferência promovida pelo ICJP em 11 de Dezembro de 2014. Lisboa: Instituto de Ciências Jurídico-Políticas, 2015, pp. 139-152.

FERNANDES, Paulo Silva. **Globalização, sociedade de risco e o futuro do direito penal**. Coimbra: Almedina, 2001.

FERNÁNDEZ, Gonzalo. **Bien jurídico y sistema del delito**: um ensayo de fundamentación dogmática. Buenos Aires: BdeF, 2004.

FRANCIONE, Gary L. **Introduction to Animal Rights: Your Child or The Dog?** Philadelphia: Temple University Press, 2000.

_____. Animal Rights Theory and Utilitarianism: Relative Normative Guidance. In *Between The Species*. Issue III, aug., 2003. Disponível em www.cla.calpoly.edu/bts.

GALVÃO, Pedro. **Os animais têm direitos? Perspectivas e argumentos**. Lisboa: Dinalivro, 2011.

GARCIA, Murilo Pereira. BOTOMÉ, Sílvia Paulo. Resenha: **da Domesticação à Terapia: o uso de animais para fins terapêuticos**. Disponível em <https://revistas.ufpr.br/psicologia/article/viewFile/9676/9219>.

GASPAR, Alfredo. Sobre o crime de maus tratos. In *Revista de Direito Comparado Português e Brasileiro*, tomo XXXV – nº 199-204, jan.-dez., 1986, pp. 161-172.

GIMÉNEZ-CANDELA, Teresa. Estatuto jurídico de los animales: aspectos comparados. In BALTASAR, Basilio (Coord.) **El Derecho de los Animales**. Madrid: Marcial Pons, 2015, pp. 149-183.

GLAUS, Gerald. Liberalism. In **Stanford Encyclopedia of Philosophy**. Disponível em <http://plato.stanford.edu/entries/liberalism/>.

GOMES, Carla Amado. Animais experimentais: uma barbárie necessária? In **Direito (do) Animal**. Coimbra: Almedina, 2016, pp. 101 – 124.

_____. Direito dos animais: um ramo emergente? In **Actas digitais do Colóquio Animais: Deveres e Direitos** realizado na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Lisboa: ICJP, 2015, pp. 48 – 67. (Disponível em <http://www.icjp.pt/publicacoes/pub/1/5105/view>).

_____. Desporto e protecção dos animais: por um pacto de não agressão. In **O Desporto que os Tribunais Praticam**. Coimbra: Coimbra Editora, 2014, pp. 741-755.

GONZÁLEZ RUS, Juan José. **Bien Jurídico y Constitución** (bases para uma teoria). Madrid: Fundación Juan March, 1978.

GONZÁLEZ-TORRE, Ángel Pelayo. **Sobre los derechos de los animales**. In *Anuario de Filosofía del Derecho – nueva época*. Tomo VII, 1990, pp. 543-556.

GOUVEIA, Jorge Bacelar. A prática de tiro de pombos, a nova Lei de Protecção dos Animais e a Constituição Portuguesa. In *Revista Jurídica do Urbanismo e do Ambiente*, nº. 13, 2000, pp. 231-296.

GRAES, Isabel Maria dos Santos. **Do Supremo Tribunal de Justiça à desconstrução do poder judiciário em Oitocentos**. Tese de doutoramento em Direito apresentada na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2010.

GRECO, Luís. **Lo vivo y lo muerto en la teoría de la pena de Feuerbach. Una contribución al debate actual sobre los fundamentos del Derecho penal** (trad. por Paola Dropulich e José R. Béguelin do original *Lebendiges und Totes in Feuerbachs Straftheorie. Ein Beitrag zur gegenwärtigen strafrechtlichen Grundlagendiskussion*, 2009). Madrid: Marcial Pons, 2015.

_____. Protecção de bens jurídicos e crueldade com animais. In **Revista Liberdades**, nº. 3, jan.-abr., 2010, pp. 47-59.

_____. Tem futuro a teoria do bem jurídico? Reflexões a partir da decisão do Tribunal Constitucional Alemão a respeito do crime de incesto (§ 173 *Strafgesetzbuch*). In **RBCCrim**, ano 18, nº. 82, jan.– fev., 2010, pp. 165 – 185.

_____. Existem critérios para a postulação de bens jurídicos coletivos? In **Revista de Concorrência e Regulação**, ano II, nº. 7/8, jul.-dez., 2012, pp. 349-373.

_____. Modernização do Direito penal, bens jurídicos coletivos e crimes de perigo abstrato. In GRECO, Luís **Modernização do Direito Penal, Bens Jurídicos Coletivos e Crimes de Perigo Abstrato** (com um adendo: princípio da ofensividade e crimes de perigo abstrato). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, pp. 1-74.

_____. Princípio da Ofensividade e Crimes de Perigo Abstrato – uma introdução ao debate sobre o bem jurídico e as estruturas do delito. In **RBCCrim**, ano 12, nº. 49, 2004, pp. 89-147.

GUZMÁN DALBORA, José Luis. El delito de maltrato de animales. In DIÉZ RIPÓLLES, José Luis. ROMEO CASABONA, Carlos María. GRACIA MARTÍN, Luis. HIGUERA GUIMERÁ, Juan Felipe (Ed.). **La ciencia del derecho penal ente el nuevo siglo**. Libro homenaje al Profesor Doctor José Cerezo Mir. Madrid: Tecnos, 2002, pp. 1319-1350.

HALL, Robert T. La responsabilidad ética con los animales no humanos: una perspectiva casuística-utilitarista. In BASILIO BALTASAR (Coord.) **El Derecho de los Animales**. Madrid: Marcial Pons, 2015., pp. 67-88.

HASSEMER, Winfried. Linhas gerais de uma teoria pessoal do bem jurídico. In GRECO, Luís. TÓRTIMA, Fernanda Lara. *O Bem Jurídico Como Limitação do Poder Estatal de Incriminar?* 2ª. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, pp. 9-22.

HAVA GARCÍA, Esther. **La tutela penal de los animales**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2009.

HEFENDEHL, Roland (Ed.) **La Teoria del Bien Jurídico: fundamento de legitimación del derecho penal o juego de abalorios dogmático?** Madrid: Marcial Pons, 2007.

_____. O bem jurídico como a pedra angular da norma penal. In GRECO, Luís. TÓRTIMA, Fernanda (Orgs.) **O Bem Jurídico como Limitação do Poder Estatal de Incriminar?**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, pp. 69-94.

HIRSCH, Hans Joachim. Acerca del estado actual de la discusión sobre el concepto de bien jurídico. In **Anales de Jurisprudencia**, nº. 260, pp. 301-335.

HOEFER, Carl. **Causal Determinism**. In Stanford Library of Philosophy, 2003. Disponível em <http://plato.stanford.edu/entries/determinism-causal/>.

JAKOBS, Günther. O que é protegido pelo Direito Penal: bens jurídicos ou vigência da norma? In GRECO, Luís. TÓRTIMA, Fernanda Lara (orgs.) *O bem jurídico como limitação do poder estatal de incriminar?*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, pp. 207-232.

JESCHECK, Hans-Heinrich. **Tratado de Derecho Penal**. Barcelona: Bosch, 1981.

JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. **Tratado de Derecho Penal**. Tomo III. 5ª ed. Losada: Buenos Aires, 1992.

JORGENSEN, Star. MALONEY, Lisa. Animal Abuse and the Victims of Domestic Violence. In ASCIONE, Frank R. ARKOW, Phil (Orgs.) **Child Abuse, Domestic Violence and Animal Abuse: Linking the circles of compassion for prevention and intervention**. West Lafayette: Purdue University Press, 1999, pp. 143-158.

KANT, Immanuel. **La metafísica de las costumbres**. (Trad. por Adela Cortina Ortiz y Jesus Conill Sancho) 4ª. ed. Madrid: Tecnos, 2005.

KAUFMANN, Arthur. HASSAMER, Winfried. **Introdução à filosofia do direito e à teoria do direito contemporâneas**. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2015.

KRELL, Andreas J. LIMA, Marcos V. C. A vedação constitucional de práticas cruéis contra animais e correta interpretação das normas legais sobre vivissecção pelas comissões de ética no uso dos animais. In **Revista Brasileira de Direito Animal**, vol. 10, nº 19, 2015, pp. 113-153.

KOLBER, Adam. Standing Upright: the moral and legal standing of humans and other apes. In **Stanford Law Review**, vol. 54, nº. 1, oct, 2001, pp. 163-204.

LENNKH, Sabine. The Animal: A subject of law? A Reflection on Aspects of the Austrian and German Juridical Systems. In **International Journal for the Semiotics of Law**, vol. 24, set., 2011, pp. 307-329.

LISZT, Franz von. **Tratado de derecho penal**. (trad. por Luis Jiménez de Asúa). t. II. 4ª.ed. Madrid: Editorial Réus, 2007.

LÖÖCK, Carmen. **Das Tierschutzstrafrecht nach Einfügung der Staatszielbestimmung, 'Tierschutz' in das Grundgesetz (Art. 20a GG). Theorie und Praxis.** Hamburg: Verlag Dr. Kovač, 2016.

LOURENÇO, Daniel Braga. As propostas de alteração do estatuto jurídico dos animais em tramitação no Congresso Nacional Brasileiro. In **Revista Jurídica Luso-Brasileira**, ano 2, nº. 1, 2016, pp. 811-839.

MACHADO, Érica Babini Lapa do Amaral. **Bens Jurídicos-Penais: da teoria dogmática à crítica criminológica.** Curitiba: Juruá, 2016.

MARCONDES, Danilo. **Iniciação à História da Filosofia: dos pré-socráticos a Wittgenstein.** Rio de Janeiro: Editora Zahar, 1997.

MARTÍN MATEO, Ramón. **Tratado de derecho ambiental.** Madrid: Trivium, 1991.

MARTINELLI, João Paulo Orsini. **Paternalismo Jurídico-Penal: limites da intervenção do Estado na liberdade individual pelo uso das normas penais.** São Paulo: Editora LiberArs, 2015.

MENDES, Paulo de Sousa. **Vale a pena o direito do ambiente?** Lisboa: AAFDL, 2000.

MERKEL, Adolf. **Derecho Penal.** Parte especial. T. II. (trad. por Pedro Dorado Montero). Madrid: La España Moderna, s/d.

MIR PUIG, Santiago. **Introducción a Las Bases del Derecho Penal.** Concepto y método. Barcelona: Bosch, 1976.

_____. **El derecho penal en el estado social y democrático de derecho.** Barcelona: Editorial Ariel, 1994

_____. Concepto de bien jurídico-penal como límite del *Ius Puniendi*. In **Estudos de Direito Penal, Processual e Criminologia em Homenagem ao Prof. Dr. Kurt Madlener.** Brasília: Conselho da Justiça Federal, 2014.

MIRANDA, Jorge. MEDEIROS, Rui. **Constituição Portuguesa Anotada.** Tomo I. 2ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2010.

MÓL, Samylla. **Carroças Urbanas & Animais: uma análise ética e jurídica.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

MONTEIRO, Fernando Conde. O direito penal como expressão de jogos de loteria ou uma reflexão epistemológica sobre a aleatoriedade neste ramo jurídico. In AA.VV. **Direito Penal: Fundamentos Dogmáticos e Políticos-Criminais**. Livro em Homenagem a Peter Hünerfeld. Coimbra: Coimbra Editora, 2013, pp. 589-611.

MOREIRA, Alexandra Reis. Perspectivas quanto à aplicação da nova legislação. In DUARTE, Maria Luísa. GOMES, Carla Amado (Coords.) **Animais: Deveres e Direitos**: Conferência promovida pelo ICJP em 11 de Dezembro de 2014. Lisboa: Instituto de Ciências Jurídico-Políticas, 2015, 153-170.

MUÑOZ CONDE, Francisco. **Introducción al Derecho Penal**. Barcelona: Bosch, 1975.

NALINI, José Renato. O Animal mais cruel. In **Direito Ambiental e Proteção dos Animais**. São Paulo: Letras Jurídicas, 2017, pp. 57-65.

NAUCKE, Wolfgang. **Materiais para o estudo da parte especial do Direito Penal: estudos monográficos: 1. Introdução à parte especial do Direito Penal** (trad. por Augusto Silva Dias do original *Strafrecht – eine Einführung*. 5ª ed., 1987). Lisboa: AAFDL, 1989.

NUSSBAUM, Martha C. Beyond “Compassion and Humanity”: Justice for Nonhuman Animals. In SUSTEIN, Cass. R. NUSSBAUM, Martha C. (coords.) **Animals Rights: Current Debates and New Directions**. New York: Oxford University Press, 2004, pp. 301-319.

ORO, Ari Pedro. O sacrifício de animais nas religiões afro-brasileiras: análise de uma polémica recente no Rio Grande do Sul. In **Religião e Sociedade**, v. 25, 2005, pp. 11-35.

PALMA, Maria Fernanda. **Direito Constitucional Penal**. Coimbra: Almedina, 2011.

_____. Conceito material de crime e reforma penal. In **Anatomia do Crime**, nº 0, jul.-dez., 2014, pp. 11-23.

PASCHOAL, Janaina Conceição. **Constituição, Criminalização e Direito Penal Mínimo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

PEDERSON, N. **European Animal Welfare Laws: Past, Present and Future**. In *Animal Law*, 2009. Disponível em <https://www.animallaw.info/intro/eu-us-comparative-cruelty-laws-2003-present>.

PEREIRA, André Gonçalo Dias. Tiro aos Pombos - A jurisprudência Criadora de Direito. In *Ars Iudicandi – Estudos em Homenagem ao Professor Doutor António*

Castanheira Neves, vol. II. Boletim da Faculdade de Direito, col. *Stvdia Ivridica* – 91. Coimbra: Coimbra Editora, 2010, pp 539-570.

POMANTI, Pietro. **Maltrattamento di animali: la tutela penale**. Roma: IANUA, 1997.

PRADO, Luiz Regis. **Bem jurídico penal e Constituição**. 7ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

QUEIROZ, Rafael Mafei Rabelo. **O Direito a Ações Imorais**: Paul Johann Anselm von Feuerbach e a construção do moderno direito penal. São Paulo: Almedina, 2012.

REGAN, Tom. **Jaulas Vazias: encarando o desafio dos direitos dos animais**. Porto Alegre: Lugano, 2006.

REIS, Marisa Quaresma dos. O papel da ciência na ascensão do Direito Animal e no reconhecimento de direitos aos animais – uma perspectiva comparatista. In DUARTE, Maria Luísa. GOMES, Carla Amado (coords.) **Direito (do) Animal**. Coimbra: Almedina, 2016, pp. 209-222.

RIBEIRO, Luiz Gustavo Gonçalves. COSTA, Marina Lage Pessoa da. **O papel e os limites do Direito penal como instrumento de proteção do meio ambiente: uma análise sob o viés do direito de intervenção proposto por Winfried Hassemer**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

RIVA, Carlo Ruga. A tutela penal dos animais no ordenamento jurídico italiano. In **Anatomia do Crime**, nº 4º, jul.-dez., 2016, pp. 133-146.

ROXIN, Claus. **Strafrecht**. AT: Band I – Grundlagen – Der Aufbau der Verbrechenslehre. 4ª. ed. Munique: C. H. Beck, 2006.

_____. **Derecho Penal. Parte general**. T. 1. Fundamentos. La Estructura de la Teoría del Delito (trad. por Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo e Javier de Vicente Remesal da 2ª edição do original *Strafrecht*. AT, 1994). Madrid: Civitas, 1997, reimp. 2008.

_____. Que comportamentos pode o Estado proibir sob ameaça de pena? Sobre a legitimação das proibições penais (trad. por Luís Greco). In **Estudos de Direito Penal**. Rio de Janeiro, 2006, pp.

_____. Sobre o recente debate em torno do bem jurídico. In GRECO, Luís. TÓRTIMA, Fernanda Lara. **O Bem Jurídico Como Limitação do Poder Estatal de Incriminar?** 2ª. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016. (1ª ed. 2011), pp. 233-276.

_____. Dependencia e independência del Derecho Penal com respecto a la política, la filosofía, la moral y la religión. In **Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales**, vol. LIX, 2006, pp. 5-24.

_____. O conceito de bem jurídico como padrão crítico da norma penal. In **Revista Portuguesa de Ciência Criminal**, ano 23, n.º. 1, jan-mar., 2013, pp. 7-43.

_____. ¿Es la protección de bienes jurídicos una finalidad del Derecho penal? In HEFENDEHL, Roland. Von HIRSCH, Andrew. WOHLERS, Wolfgang (Eds). **La Teoría del Bien Jurídico: ¿fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?** (trad.do original *Die Rechtsgutstheorie. Legitimationsbasis des Strafrechts oder dogmatisches Glasperlenspiel?*, 2003) Madrid: Marcial Pons, 2007, pp. 443-458.

_____. Der gesetzgebungskritische Rechtsgutsbegriff auf dem Prüfstand. In **Goldammer's Archiv für Strafrecht**, 2013, pp. 433-453.

RUDOLPHI, Hans Joachim. Los diferentes aspectos del concepto de bien jurídico. In **Nuevo Pensamiento Penal**, n.º 5-8, 1975, pp. 329-347.

SALT, Henry S. **Los Derechos de los Animales**. (trad. por Carlos Martín y Carmen González). Madrid: Los Libros de La Catarata, 1999.

SANTOS, Cleopas Isaías. **Experimentação animal e direito penal: o crime de crueldade e maus tratos à luz da teoria do bem jurídico**. Curitiba: Juruá, 2015.

SCHÜNEMANN, Bernd. El principio de protección de bienes jurídicos como punto de fuga de los límites constitucionales de los tipos penales y de su interpretación. In HEFENDEHL, Roland. Von HIRSCH, Andrew. WOHLERS, Wolfgang (Eds). **La Teoría del Bien Jurídico: ¿fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?** (trad.do original *Die Rechtsgutstheorie. Legitimationsbasis des Strafrechts oder dogmatisches Glasperlenspiel?*, 2003) Madrid: Marcial Pons, 2007, pp. 197-226.

SERPELL, James. **In The Company of Animals: A study of Human-Animal Relationships**. Cambridge University Press, 1996.

SERRANO-PIEDECASAS FERNÁNDEZ, José Ramón. **Conocimiento científico y fundamento del derecho penal**. Anotaciones de derecho penal peruano de Dino Carlos Caro Coria. Lima: Horizonte, 1999.

SERRANO TÁRRAGA, Maria Dolores. La reforma del maltrato de animales en el derecho penal italiano. In **Boletín de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Ensino a Distancia – UNED**, nº. 26, 2005, pp. 241-261.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús Maria. **Aproximación al derecho penal contemporâneo**. Barcelona: Bosch, 1992.

_____. **A expansão do direito penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

SINGER, Peter. **Libertação Animal**. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

SOUSA, Susana Aires de. Argos e o Direito penal (Uma Leitura “Dos crimes contra os animais de companhia” à luz dos princípios da dignidade e da necessidade). In **Revista Julgar**, nº 32, 2017, pp. 147-160.

STRATENWERTH, Günther. STRATENWERTH, Günter. *Derecho penal: parte general*. El hecho punible (trad. por Manuel Cancio Meliá e Marcelo A. Sancinetti do título original *Strafrecht. AT: Die Straftat Vierte, völling neu bearbeitete Auflage*, 2000). Navarra: Aranzadi, 2005.

_____. Sobre o conceito de “bem jurídico”. In GRECO, Luís. TÓRTIMA, Fernanda Lara. **O Bem Jurídico como Limitação do Poder Estatal de Incriminar?** 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, pp. 128-148.

THOMÉ, Romeu. **Manual de direito ambiental**. 2ª ed. Salvador: JusPodivm, 2013.

TINOCO PASTRANA, Angel. **Fundamentos del sistema judicial penal en el Common Law**. Sevilha: Universidad de Sevilha, 2001.

TORRÃO, Fernando. Direito Penal, globalização e pós-modernidade – desconstrução do paradigma liberal? In **Multiculturalismo e Direito Penal**. Coimbra: Almedina, 2014, pp. 59-96.

_____. Os novos campos de aplicação do direito penal e o paradigma da mínima intervenção (perspectiva multidisciplinar). In **Liber Discipulorum para Jorge de Figueiredo Dias**. Coimbra: Coimbra Editora, 2003, pp. 331-362.

TRÉZ, Thales. Métodos substitutivos. In FEIJÓ, Anamaria Gonçalves dos Santos *et al.* (Orgs.) **Animais na pesquisa e no ensino: aspectos teóricos e técnicos**. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2010, pp. 124-134.

WELZEL, Hans. **Introducción a la filosofía del Derecho: derecho natural y justicia material**. Madrid: Aguilar Editores, 1974.

____. **Derecho Penal Alemán.** Parte general (trad. por Juan Bustos Ramírez e Sérgio Yáñez Pérez do original *Das deutsche Strafrecht*, 1969). 11ª ed. (4ª ed. castellana). Santiago do Chile: Editorial Jurídica de Chile, 1993